



A PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO E OUTROS DESAFIOS À **BOA GOVERNAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

CARLA AMADO GOMES (FDUL)
ANA FERNANDA NEVES (FDUL)
EURICO BITENCOURT NETO (UFMG)
(coordenação)





A PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO
E OUTROS DESAFIOS À
**BOA GOVERNAÇÃO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**



CARLA AMADO GOMES (FDUL)
ANA FERNANDA NEVES (FDUL)
EURICO BITENCOURT NETO (UFMG)
(coordenação)

Edição

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Centro de Investigação de Direito Público

-

www.icjp.pt

icjp@fd.ulisboa.pt

-

Março de 2018

ISBN: 978-989-8722-32-4



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa

www.fd.ulisboa.pt

Imagem da capa:

Carla Amado Gomes

(foto de *grafiti* sobre parede)

-

Produzido por:

OH! Multimédia

mail@oh-multimedia.com



Índice

- 5 Nota prévia

- 10 A Administração Pública concertada
Eurico Bitencourt Neto

- 45 Poder económico e limites jurídicos à captura da
concertação social
Irene Nohara

- 72 Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre
o princípio *ne bis in idem*
Cristiana Fortini

- 104 A gestão dos conflitos de interesses como política pública
Fabrício Motta

- 132 Estatuto das empresas estatais e governança
corporativa no Brasil
Luciano Ferraz

- 147 O princípio da cooperação leal, a autonomia organizativa
e o bom governo administrativo
Rui Tavares Lanceiro

173 A norma de transparência e as liberdades fundamentais
Luísa Cristina Pinto e Netto

189 O papel do Estado e da Administração Pública em relação às
liberdades fundamentais na sociedade global, tecnológica
e de risco: possibilidades, limites e controle
Daniel Ferreira

222 Administração Pública e liberdades fundamentais
João Manuel da Silva Miguel



Nota prévia

1. Na Comunicação Governança e Desenvolvimento¹, a Comissão Europeia exalta as virtudes da “boa governação”: esta induz “maior eficiência, transparência e adequação do nível de decisão/ação” e, portanto, visa combater o “mau uso de recursos”, “a opacidade decisória e o particularismo institucional”². Em síntese, a boa governação da Administração Pública convoca as exigências de qualidade e do seu bom desempenho.

2. A construção de uma compreensão comum, europeia e internacional, sobre a boa governação da Administração Pública não obteve ainda tradução, designadamente em Portugal e no Brasil, em instrumentos jurídicos que a garantam ou que sejam eficazes. O colóquio "A prevenção da

1 COM(2003) 615 final, 20.10.2003, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, Governança e Desenvolvimento, considerando 4, p. 4 (disponível em <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2003/PT/1-2003-615-PT-F1-1.Pdf> - acesso último em 11.03.2018).

2 R. SARAIVA, “Estratégia para a boa governança a nível local”, in [AA.VV.](#), *Finanças Públicas Locais e Good Governance*, Coordenação de Carla Amado Gomes e outros, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Centro de Investigação de Direito Público, 2017, pp. 9 e 10 (disponível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook-fin_pub_locais_e_goodgovernance_1.pdf - acesso último em 11.03.2018).

corrupção e outros desafios à boa governação da Administração Pública”, realizado em 12 de outubro de 2017 na Faculdade de Direito de Lisboa – numa organização conjunta do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP), do Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados e do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) –, cujas Atas ora se publicam, constitui uma tentativa de aproximação àquela compreensão comum e à busca daqueles instrumentos³.

São os textos resultantes de quase todas as intervenções nele proferidas que agora se dá à estampa neste livro.

3. Como assinala o título do colóquio, a boa governação implica a existência de procedimentos de prevenção da corrupção e de conflitos de interesses, dos quais a corrupção é, nas palavras de Susan Rose-Ackerman, uma “espécie”⁴.

Há, por um lado, que considerar as dificuldades conceituais e a falta de sistematicidade e coerência legislativas (que Fabrício Motta, Cristiana Fortini e Ariane Shermam destacam e que, no caso brasileiro, obrigam a um cuidado exame e a uma articulação entre a Lei de Improbidade Administrativa⁵ e a Lei Anticorrupção⁶, como ilustram as segundas). Por

3 Estruturou-se para tanto em quatro sessões, respetivamente dedicadas à “Administração concertada”, aos “conflitos de interesses e corrupção”, à “autonomia organizativa e o bom governo administrativo” e à “Administração pública e liberdades fundamentais” (programa disponível em <https://www.icjp.pt/conferencias/13004/pdf>).

4 S. ROSE-ACKERMAN, “Corruption and conflicts of interest”, in AA.VV., *Corruption and Conflicts of Interest, A Comparative Law Approach, Studies Law Approach*, edited by Jean-Bernard Auby, Emmanuel Breen e Thomas Perroud, Edward Elgar Publishing, 2014, (pp. 3-11) p. 6.

5 “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”- http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8429.htm.

6 “Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas



outro lado, importa ter presente que a criminalização de condutas tem um papel relativo (mesmo que nem sempre se possa dizer que as situações objeto de criminalização são os “casos fáceis”, como os qualifica Susan Rose-Ackerman⁷) face aos instrumentos preventivos, centrados nas estruturas e no modo de funcionamento da Administração Pública⁸.

Daí a relevância de “estabelecer e aplicar um conjunto de princípios fundamentais, de quadros de ação, de estratégias institucionais e de instrumentos práticos de gestão no domínio dos conflitos de interesse no serviço público”, como se retira da Recomendação do Conselho da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento na Europa sobre as linhas diretrizes para a gestão dos conflitos de interesses no serviço público (2003)⁹ — cujo alcance Fabrício Motta detalha.

Estes princípios, quadros de ação, estratégias institucionais e instrumentos, não o sendo exclusivamente, são necessariamente jurídicos: colocam problemas jurídicos e postulam uma disciplina jurídica que lhes dê visibilidade e que tenha capacidade de os resolver.

4. Um dos quadros de relacionamento e instrumentos de ação incontornáveis é o da Administração concertada (como explicita Eurico Biten-court Neto), cuja compreensão convoca, nos seus fundamentos e/ou nos seus limites, os princípios democrático, da imparcialidade e da eficiência. Contribuindo para uma maior transparência, responsividade e integra-

pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências” - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm.

7 S. ROSE-ACKERMAN, “Corruption and conflicts of interest”, cit., p. 7.

8 S. ROSE-ACKERMAN, “Corruption and conflicts of interest”, cit., p. 7. Como diz, é preciso encontrar a conjugação certa entre proibições *ex ante* e sanções *ex post*, e entre as respostas criminais e outras.

9 <http://www.oecd.org/governance/ethics/49106150.pdf> (acesso último em 11.03.2018).

ção de diferentes interesses, comporta igualmente riscos do ponto de vista da sua tutela adequada. Como reflete Irene Patrícia Nohara, “não basta ter concertação, é necessário saber avaliar o grau de equidade que permeia as práticas de concertação”.

5. Outro dos desafios que se coloca à boa governação é a multiplicação de entidades e estruturas administrativas, com diferentes figurinos e regimes jurídicos. A sua criação, sobreposição e articulação revela-se difícil de disciplinar, isto é, de encontrar um equilíbrio entre o papel da autonomia organizativa e os limites que a coloquem ao serviço da boa administração. É este quadro de pluridade de relações intersubjetivas e interorgânicas e a importância que nele tem o princípio da cooperação leal que nos apresenta Rui Lanceiro.

6. A densificação internacional dos parâmetros de bom governo aplicados às empresas e, em particular às empresas públicas, interpelam a definição e a aplicação dos respetivos regimes nacionais, como o demonstra Luciano Ferraz relativamente ao Estatuto das Empresas Estatais no Brasil.

7. A falta de boa governação administrativa não se projeta apenas sobre o desenvolvimento dos países e o bem-estar social; antes, afeta ou condiciona, direta ou indiretamente, as liberdades e garantias individuais das pessoas perante o poder. A Convenção Europeia, tal como interpretada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), constitui um instrumento de referência da proteção e promoção daquelas (também) quando relevam ou são “questionada em ambiente administrativo”, seja por ação seja, igualmente, por omissão — quem o realça é João Manuel da Silva Miguel.

Ilustrativa é a interpretação atualista do TEDH do direito à informação a partir da liberdade de expressão (artigo 10.º da CEDH; e Acórdão de



27.06.2017, Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy c. Finlândia, queixa n.º 0931/13¹⁰).

Em sintonia e com específico relevo no exercício das liberdades políticas, na garantia da boa administração e na prevenção da corrupção¹¹, impõe-se ainda convocar a emergência de uma “norma de transparência” e a construção de um dever substancial e procedimental de transparência (Luísa Netto).

8. Traçados os objetivos e linhas de reflexão do colóquio, cumpre, por fim, deixar um agradecimento a todos os intervenientes no mesmo pela sua participação, oradores e público presente, que fomentaram um vivo debate o qual se pretende prolongar e frutificar com esta publicação.

Lisboa, Abril de 2018

Os Coordenadores

Carla Amado Gomes

Ana Fernanda Neves

Eurico Bitencourt Neto

¹⁰ <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2017/07/CASE-OF-SATAKUNNAN-MARKKINAP-RSSI-OY-AND-SATAMEDIA-OY-v-FINLAND.pdf>.

¹¹ Andrea BIANCHI, “On power and illusion”, *Transparency in International Laws*, edited by Andrea Bianchi e Anne Peters, Cambridge University Press, 2013 (pp. 1-21) p. 19.

A Administração Pública concertada

EURICO BITENCOURT NETO¹

Resumo

Entre as grandes transformações por que passou a Administração Pública pós-liberal está a valorização da participação, da negociação e a da busca de consenso nos procedimentos de decisão administrativa, fenômeno que se pode chamar Administração concertada. Suas manifestações, que não se resumem a formas contratuais típicas, respondem a novas necessidades que se impõem ao Estado contemporâneo e encontram sólidos fundamentos nas Constituições que, ainda hoje, consagram um Estado de Direito democrático e social.

Palavras-chave: Administração concertada. Administração consensual. Administração contratual. Participação. Acordos administrativos.

1 Professor Adjunto de Direito Administrativo e Direito Constitucional da UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais, Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alβan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para a América Latina e da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia de Portugal, Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Membro do Conselho Deliberativo do IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.



Abstract

Among the great transformations undergone by the post-Liberal Public Administration is the valorization of participation, negotiation and the search for consensus in the administrative decision-making procedures, a phenomenon that can be called Concerted Administration. Its manifestations, which are not limited to typical contractual forms, respond to new needs imposed on the contemporary state and find solid foundations in the Constitutions that, even today, enshrine a democratic and social State of Law.

Keywords: Concerted administration. Consensual administration. Contractual administration. Participation. Administrative agreements.

Sumário

1. Introdução: grandes linhas de transformação da Administração Pública contemporânea, em especial, a concertação administrativa. 2. Fundamentos da Administração concertada. 3. Algumas formas de manifestação. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas

1. Introdução: grandes linhas de transformação da Administração Pública contemporânea, em especial, a concertação administrativa

Muito já se escreveu sobre o processo de transformação por que tem passado o Estado contemporâneo, que, em boa medida, alcança pilares

relevantes do próprio modelo de Estado moderno². Tal processo implica também em alterações nos modos de atuar da Administração Pública³, como expressão de novas necessidades que a ela se impõem.

Se, por um lado, é correto dizer que as grandes linhas de transformação da Administração Pública contemporânea têm ocorrido na esteira de um processo de liberalização e de retração do aparato prestador do Estado, que transfere a execução de significativa parte das tarefas públicas aos particulares, por outro lado seria inadequado concluir que a Administração reguladora ou de garantia que surge do esmaecimento da Administração prestadora típica de meados do século XX demonstra o fim do ciclo do Estado de Direito social.

É preciso ter na devida conta que os quadros normativos das Constituições do eixo jurídico europeu-latinoamericano, de que são exemplo a brasileira e a portuguesa, mantêm-se sobre uma base democrático-social forjada na Europa ocidental a partir do segundo pós-guerra. E, no âmbito desse constitucionalismo, se é preciso admitir um alargamento de meios de concretização dos fins constitucionais, em vista da alteração da realidade constitucional, não se pode perder de vista que “a socialidade é, ainda hoje, uma dimensão intrínseca da estatalidade”⁴.

Em síntese, se as linhas de transformação da Administração contemporânea expressam uma revalorização dos particulares e das diversas instituições da sociedade na realização dos interesses públicos, daí não

2 Para um apanhado geral de tais transformações, por todos, CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*.

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também*, p. 708.

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também*, p. 710.



se pode extrair uma conclusão, que seja compatível com o núcleo axiológico do constitucionalismo democrático-social, pela consagração de um Estado pós-social. Trata-se, antes, do reconhecimento de novos meios e de novas condicionantes para a busca dos fins constitucionais, sem que se reconheça no Estado o detentor do monopólio da concretização do interesse público, abrindo-se ampla gama de instrumentos de participação dos particulares nos processos de decisão pública.

Entre diversos instrumentos que compõem a teia de transformações por que vem passando a Administração contemporâneas, podem ser mencionados⁵:

- a) O seu caráter cada vez mais infraestrutural⁶, decorrente da necessidade de atuar, cada vez mais, como conformadora geral da ordem econômica e social, para além de uma atuação tópica e individualizada. Torna-se necessária uma atuação transversal e prospectiva⁷, estabelecendo parâmetros e condições da ação econômica e social, como verdadeira Administração de infraestruturas, que não se satisfaz com meros comandos unilaterais.
- b) A crescente valorização do procedimento administrativo, que se consolida como a matriz principal de uma atua-

5 Sobre os novos traços da Administração Pública contemporânea, BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica*, p. 111-188.

6 A expressão Administração infraestrutural teria sido forjada por Heiko Faber (*Verwaltungsrecht*. Tübingen, J. C. B. Mohr), conforme assinalam, entre outros, PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de derecho administrativo*, p. 42 e SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 127, nota 4.

7 GAMBINO, Silvio. *Amministrazione e contratto: l'esperienza francese fra tecnocrazia e consenso*, p. 144.

ção racional, aberta, participativa e com meios de balanceamento dos distintos interesses em jogo. Não se trata de mero itinerário formal funcionalizado a uma decisão final, mas de reconhecer o fenômeno procedimental de modo amplo e flexível, multifuncional⁸, como “a Administração Pública em ação”⁹.

c) A multipolaridade de boa parte das relações jurídicas administrativas, seja no campo da atuação administrativa externa, pelos efeitos irradiantes que podem decorrer das decisões administrativas, para além de uma determinada relação bilateral¹⁰, seja no campo da atuação administrativa interna, pela transversalidade e intersetorialidade que se impõe na gestão de grande parte dos serviços administrativos contemporâneos, suscitando “o emergir de novas formas de relacionamento jurídico intrassubjetivo”¹¹.

d) A substituição parcial de estruturas hierárquicas por formas de organização administrativa em rede, num contexto de pluralidade de interesses públicos e de arrefecimento de uma compreensão do interesse público como monopólio do Estado. Nesse quadro, as redes administrativas se formam pela conexão de diferentes unidades num processo de atuação em que importa especialmente a

8 SCHMIDT-ÅßMANN, Eberhard. *Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el derecho alemán, europeo e internacional*, p. 77.

9 BARNES, Javier. *Reforma e innovación del procedimiento administrativo*, p. 15.

10 OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*, v. 1, p. 420.

11 OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*, v. 1, p. 420.



noção de coordenação¹², com múltiplas finalidades, como trocar informações, compartilhar recursos, formar decisões complexas, prestar serviços, entre outros fins, tendo como matriz de interconexão o procedimento administrativo¹³.

e) A vinculação da atuação administrativa a um imperativo de eficiência, que não se esgota em noção exclusiva de racionalidade econômica, mas, partindo de uma concepção geral de rejeição de formalismos e vinculação aos fins¹⁴, postula, acima de tudo, eficácia e efetividade da ação administrativa¹⁵. A eficiência, compreendida como conceito pluridimensional¹⁶, incorpora, para além da economicidade (relação custo-benefício, otimização de meios), a eficácia (realização adequada de fins prefixados) e a celeridade¹⁷.

f) Por fim, para o que aqui interessa de perto, o uso cada vez mais frequente de formas de atuação concertada. Com a superação do modelo de Administração agressiva que

12 GONÇALVES, Pedro. *Ensaio sobre a boa governação da administração pública a partir do mote da "new public governance"*, p. 31.

13 BARNES, Javier. *La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional*, p. 243-244.

14 SEPE, Onorato. *L'efficienza nell'azione amministrativa*, p. 251.

15 SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 26.

16 GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 23 e seg.; LOUREIRO, João Carlos. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, p. 131; MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência*, p. 8.

17 LOUREIRO, João Carlos. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, p. 132.

marcou o período liberal do Estado de Direito, tornou-se frequente o uso de contratos e de outros acordos de feições jurídicas menos definidas, típicos de uma Administração consensual¹⁸ ou concertada¹⁹.

Pode-se dizer que os demais traços gerais que marcam a Administração contemporânea – o seu carácter infraestrutural, sua procedimentalização, a multipolaridade de suas relações, as redes administrativas e sua sujeição à eficiência – passam a reclamar, em boa medida, um diálogo institucionalizado entre o Poder Público e os particulares, bem como entre os diversos atores do aparato administrativo. Daí que a concertação administrativa pode ser caracterizada como um “novo estilo de administração”²⁰, participativo, consensual e flexível.

Nesse sentido amplo, a Administração concertada valoriza o uso cada vez maior de contratos administrativos, mas não se resume a uma Administração contratual. Trata-se de “um novo estilo de relações, fundado sobre o diálogo e a procura do consenso, mais que sobre a autoridade”²¹. Para além dos contratos propriamente ditos, tal modo de administrar passa a utilizar, cada vez mais, novas figuras de atuação concertada²², mesmo quando a decisão final seja formalmente unilateral, envolvendo uma verdadeira “cultura contratual”²³, entendida em um sentido alargado.

18 ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 44; CASSESE, Sabino. *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, p. 35.

19 KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos*, p. 26.

20 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 353.

21 CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*, p. 161.

22 GAMBINO, Silvio. *Amministrazione e contratto: l'esperienza francese fra tecnocrazia e consenso*, p. 144-148.

23 HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Law and administration*, p. 138-141.



Tal cultura contratual ou estilo concertado de administrar responde a novas necessidades da Administração Pública contemporânea e encontra fundamentos seguros nos sistemas constitucionais democrático-sociais, de que são exemplo o português e o brasileiro, como se demonstra, em apertada síntese, no item seguinte.

2. Fundamentos da Administração concertada

A concertação, em sentido amplo, como meio de expressão de distintas relações negociadas e acordadas entre o Estado e diversos setores da sociedade, tem, como finalidades centrais no âmbito de um Estado de Direito democrático e social, “Patentear o conflito, submeter as pretensões dos contendores a juízo público, levar estes a fazer jogo franco e a conformar-se às exigências do interesse colectivo”²⁴.

Tais objetivos, que, em linhas gerais, correspondem à institucionalização do reconhecimento de interesses potencialmente conflitantes e das virtualidades da negociação e da pactuação como modos de atuar, também se podem aplicar no âmbito da atividade interna da Administração Pública. No âmbito do Direito Administrativo, a expressão *Administração concertada* indica a busca de consenso e da produção de acordos²⁵.

A Administração concertada é entendida como aquela que, sob o pálio de um Estado de Direito democrático e social, abre-se à participação

24 MACHADO, J. Baptista. *Participação e descentralização, democratização e neutralidade na Constituição de 76*, p. 54.

25 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v. 1, p. 667; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas tendências da democracia*, p. 11-12.

e busca o consenso como condições prévias à sua manifestação²⁶ – seja de modo unilateral, bilateral ou multilateral. Para além das situações em que a Administração já fazia uso de contratos, a atuação administrativa concertada utiliza a participação e o consenso em instrumentos procedimentais diversos, como meios do exercício de poderes públicos²⁷.

As grandes transformações por que passou o Estado de Direito a partir do ocaso de seu perfil liberal lançaram as bases para a afirmação da Administração concertada. Na medida em que se supera um quadro de separação radical entre Estado e Sociedade – que pressupunha uma relação de supremacia Administração-súdito, para um quadro de comunicação entre Estado e Sociedade – o ato administrativo perde a condição de meio exclusivo de manifestação e as formas contratuais e os meios negociais ganham espaço na atuação administrativa²⁸. Passa-se a afirmar que a vontade do Estado resulta “de uma transformação institucional qualitativa operada sobre uma realidade eminentemente pluralista”²⁹.

Entre as distintas razões para a afirmação da participação e da busca de consenso nos procedimentos de formação da vontade administrativa, podem ser mencionadas³⁰: a) as relações interadministrativas, no âmbito de Estados federais ou, mesmo, de Estados regionalizados, pressupõe cooperação e colaboração, ao invés de coordenação³¹; b) sob o ponto de

26 OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*, v. 1, p. 218-219.

27 CARINGELLA, Francesco. *Corso di diritto amministrativo*, t. II, p. 2407-240.

28 ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 63-64.

29 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Controlo judicial da administração e responsabilidade democrática da administração*, p. 305.

30 Para maior desenvolvimento, BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica*, p. 250-257.

31 Assinalando uma identidade entre os conceitos de cooperação e colaboração, no sentido (positivo) de auxílio mútuo, assistência, compartilhamento de informações, por



vista da Ciência da Administração, tem-se verificado, em âmbitos privado e público, que a rigidez das relações hierárquicas não contribui para um maior envolvimento dos agentes responsáveis pela atuação das organizações, gerando poderes paralelos que comprometem a obtenção dos fins³²; c) a complexificação dos interesses públicos e privados e de suas interações tem levado a organizações transversais e em rede, em que uma atuação hierarquizada e unilateral se mostra incapaz de produzir bons resultados; d) uma noção ampliada de democracia impõe a abertura da Administração à participação externa e interna nos procedimentos decisórios³³.

Sob o ponto de vista jurídico-constitucional, o modelo democrático-social, fundado na juridicidade, na democracia e na socialidade³⁴, podem ser reconhecidos princípios constitucionais que informam a função administrativa e que servem de fundamento para os diversos meios de atuação da Administração concertada. Nesse sentido, podem ser referidos, sem prejuízo da existência de outros nos diversos modelos constitucionais que expressam um Estado de Direito democrático e social, o princípio democrático, o princípio da imparcialidade e o princípio da eficiência.

meios voluntários, como os acordos, pressupondo o respeito pelas competências dos cooperantes, enquanto a coordenação implica o condicionamento do exercício das competências das entidades coordenadas, LEITÃO, Alexandra. *As formas contratuais de cooperação entre a administração central e a administração local*, p. 429.

32 MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Ordre intérieur administratif et contrat*, p. 1134.

33 MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Ordre intérieur administratif et contrat*, p. 1134-1135.

34 Para maior desenvolvimento das características centrais do constitucionalismo democrático-social vigente, a despeito das especificidades de cada Constituição, nos países de tradição jurídica europeia continental, BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica*, p. 69-111.

O princípio democrático no constitucionalismo contemporâneo, para além da afirmação de um Estado *pluriclasse*³⁵ e do pluralismo como fundamento do poder político, é um complexo³⁶ que postula, para além de uma democracia representativa abrangente, mecanismos de democracia participativa complementares, como dão conta, por exemplo, a Constituição portuguesa (arts. 2º; 9º/c e 109º) e a Constituição brasileira (arts. 1º, II e parágrafo único).

No âmbito da Administração Pública, a incidência do princípio democrático e do pluralismo político que dele decorre aponta para o reconhecimento da existência de múltiplos e muitas vezes concorrentes interesses que a ordem jurídica valoriza como públicos e a necessidade de legitimidade democrática do administrador e da atividade administrativa³⁷. Nesse sentido, a imposição de legitimidade democrática, embora por mecanismos diversos daquela que se dirige à função legislativa, vincula todas as estruturas decisórias³⁸ e condiciona os meios de manifestação administrativa³⁹. Dessa imposição decorre, por exemplo, a valorização do procedimento administrativo como instrumento legitimador⁴⁰, verdadeira estrutura de integração de interesses⁴¹, como matriz de manifestação da Administração Pública⁴².

35 GIANNINI, Massimo Severo. *I pubblici poteri negli stati pluriclasse*, p. 392; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*, p. 39.

36 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 288.

37 OTERO, Paulo. *O poder de substituição em direito administrativo*, p. 538-539.

38 OTERO, Paulo. *O poder de substituição em direito administrativo*, p. 539.

39 SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 101.

40 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v. 2, p. 441.

41 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação*, p. 105.

42 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *O direito à informação e os direitos de partici-*



A legitimidade democrática da Administração Pública está ligada à capacidade que esta tem de conexão com sua fonte de legitimação⁴³. Nesse sentido, a legitimidade da Administração não se basta com a legitimidade democrática do Chefe do Executivo ou do Governo, ou com sua vinculação a normas provenientes de um Legislativo democraticamente legitimado. O princípio democrático impõe um imperativo de legitimidade ampliada da Administração Pública.

Um fator dessa ampliação decorre de um imperativo de legitimidade democrática da dinâmica administrativa, que aponta para uma exigência de ampla procedimentalização da Administração Pública, como elemento instrumental propulsor da participação na formação de suas decisões. A participação, nesse sentido, se qualifica como instrumento de afirmação do princípio democrático aplicado à função administrativa.

Num quadro geral, pode-se falar em participação coconstitutiva⁴⁴, em que a vontade do particular compõe, com a Administração, a decisão adotada e em participação dialógica⁴⁵, em que o particular continua como simples destinatário da atuação administrativa. No primeiro caso, o exemplo típico é o contrato administrativo. No segundo, podem ser

pação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa, p. 145.

43 SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 100.

44 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa*, p. 147.

45 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa*, p. 147; 149.

referidos múltiplos exemplos, tendo em comum dupla finalidade⁴⁶: uma garantística⁴⁷, assegurando a defesa dos interesses dos particulares e uma funcional⁴⁸ ou cívica (“o desenvolvimento da personalidade através do co-envolvimento e controlo directos”)⁴⁹, possibilitando a colaboração para a prossecução do interesse público e assegurando legitimidade democrática à decisão administrativa.

Os diversos meios de participação, seja externa, seja interna, nos procedimentos decisórios da Administração Pública, em muitos casos se dão pelo exercício da Administração concertada, em que a busca do consenso vai definir uma decisão compartilhada, ainda que muitas vezes formalizada de forma unilateral. Daí que a vinculação da Administração Pública a um imperativo de legitimidade democrática, que se pode concretizar por diversos meios de participação em seus processos decisórios, se qualifica como um dos fundamentos jurídico-constitucionais da Administração concertada.

Quanto ao princípio da imparcialidade, apresenta-se como relevante fundamento da concertação administrativa quando tomado em sentido amplo. A imparcialidade tem sido consagrada em diversos ordenamen-

46 BITENCOURT NETO, Eurico. *Devido procedimento equitativo e vinculação de serviços públicos delegados no Brasil*, p. 126.

47 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa*, p. 149-150; *Procedimento equitativo e direito de participação procedimental*, p. 423-424.

48 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa*, p. 149-150.

49 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Procedimento equitativo e participação procedimental*, p. 424.



tos jurídicos a partir de uma noção comum⁵⁰, que se pode reconduzir à ideia de isenção administrativa, que se tem refletido, em linhas gerais, na proibição de confusão, privilégio e prejuízo de interesses⁵¹. Se, muitas vezes, a primeira referência que se faz sobre a imparcialidade diz respeito à sua dimensão subjetiva, em que a vinculação a um imperativo de isenção veda favorecimentos e perseguições, não se pode descurar de sua dimensão objetiva, que implica a consideração e a valoração dos interesses envolvidos em suas decisões⁵².

Em síntese, a imparcialidade impõe, sob sua face objetiva, “uma direttriz de compleição da decisão”⁵³ por meio da necessidade de consideração de fatos ou interesses relevantes e da exclusão de fatos ou interesses irrelevantes, por meio de ponderação. A imparcialidade, em suma, determina que a atuação administrativa pondere interesses e, para tanto, é necessário que tais interesses “sejam captados procedimentalmente”⁵⁴.

No Direito Administrativo brasileiro, a imparcialidade pode ser identificada no princípio que o art. 37 da Constituição chama de impessoalidade e que, se à primeira vista, parece relacionado apenas a uma dimensão subjetiva de vedação de privilégios e perseguições, como expressão do princípio da igualdade⁵⁵, ou expressão da imputação dos

50 Para uma síntese da evolução histórica da imparcialidade, DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação*, p. 259-271.

51 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação*, p. 277.

52 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Noções de direito administrativo*, v. 1, p. 254-255.

53 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação*, p. 290.

54 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação*, p. 297.

55 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 117; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 20.

atos dos agentes públicos à pessoa estatal⁵⁶, deve ser interpretado como congênere da imparcialidade⁵⁷.

A noção de impessoalidade está ligada à de isenção ou neutralidade⁵⁸ da atuação administrativa, apontando para uma atuação correta “relativamente à sua *indisponível finalidade objetiva*, que vem a ser aquela expressa na legislação”⁵⁹. E, tal como na ideia de imparcialidade, uma decisão pessoal, subjetivamente considerada, significa que a inclusão ou exclusão de um determinado interesse que preside a decisão administrativa num sentido de favorecimento ou prejuízo a alguém decorre, em última análise, de que o decisor não considerou adequadamente os interesses relevantes para o caso e não desconsiderou os irrelevantes.

Nos quadros de uma Administração plural, recortada por múltiplos e concorrentes interesses públicos, os procedimentos de concertação administrativa se constituem como meios privilegiados para que dados e circunstâncias relevantes para a decisão administrativa aflorem e, por consequência, sejam considerados.

Por outro lado, a imparcialidade é elemento condicional da atuação administrativa concertada, pelo que se pode afirmar que se constitui em condição de validade da concertação administrativa a consideração dos fatos e interesses relevantes e a desconsideração dos irrelevantes, a fim de que o concerto final expresse adequada ponderação administrativa.

56 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, p. 68.

57 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*, p. 147; FREITAS, Juares. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 82.

58 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 287.

59 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 104.



Por fim, o princípio da eficiência, também decorrente do constitucionalismo democrático-social⁶⁰, se constitui como fundamento da Administração concertada, na medida em que, em muitos casos, os acordos administrativos se constituem em melhor meio de se obter uma atuação administrativa efetiva.

O conteúdo do princípio da eficiência não está limitado a uma noção exclusiva de racionalidade econômica, mas, partindo de uma concepção geral de rejeição de formalismos e vinculação aos fins⁶¹, postula também eficácia e efetividade da ação administrativa⁶². Em outras palavras, a eficiência como princípio da Administração Pública é conceito pluridimensional⁶³, englobando, para além da economicidade (relação custo-benefício, otimização de meios), a eficácia (realização adequada de fins prefixados) e a celeridade⁶⁴.

No quadro das variadas e complexas atribuições da Administração contemporânea, não é difícil se deparar com casos em que uma organização administrativa de modelo hierárquico tradicional, com atuação unilateral, conduz fatalmente a resultados insatisfatórios, mais custosos que o necessário e invariavelmente após se percorrer um lento caminho

60 Tratando da eficiência como garantia de sucesso do modelo constitucional de Estado social, OTERO, Paulo. *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*, p. 361-364; *O poder de substituição em direito administrativo*, p. 638-639; 643.

61 SEPE, Onorato. *L'efficienza nell'azione amministrativa*, p. 251.

62 SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 26.

63 LOUREIRO, João Carlos. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, p. 131; MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência*, p. 8.

64 LOUREIRO, João Carlos. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, p. 132.

até a decisão final. Especialmente no âmbito de decisões administrativas complexas, a concertação com particulares, ou no âmbito interno da Administração, a concertação interorgânica, muitas vezes encurta caminhos e conduz a decisões mais eficazes.

É que a Administração concertada, assegurando que os diversos interesses públicos e privados venham à tona, permitindo uma mais qualificada ponderação nas decisões administrativas, contribui para que as decisões sejam potencialmente mais efetivas, isto é, capazes de produzir os efeitos finalísticos que delas se espera. Por outro lado, não se pode desconhecer, no âmbito da prática administrativa, que a atuação unilateral “é incapaz de suscitar o entusiasmo e o desejo de colaboração”⁶⁵.

A consideração do sentido amplo da eficiência decorre de uma concepção do Direito Administrativo como “Direito de direção ou de vertebração”: um Direito que não se conforma com a mera construção dogmática de técnicas, categorias e normas jurídicas, mas também se preocupa com as condições e os pressupostos para que aquelas se tornem eficazes e efetivas⁶⁶. Dessa noção geral, decorre uma vinculação da Administração e do próprio Direito Administrativo aos custos e à qualidade das tarefas administrativas.

Nessa perspectiva, releva considerar a ideia segundo a qual a Administração concertada pode envolver elevados custos de eficiência⁶⁷. Os procedimentos de atuação da Administração contemporânea não são simples, envolvem, muitas vezes, quadros complexos de competências

65 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v. 1, p. 684.

66 SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 27.

67 OTERO, Paulo. *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*, p. 401.



transversais e interesses conflitantes que não se resolvem adequadamente, ao menos quanto ao aspecto da efetividade das decisões, por meras atuações unilaterais decorrentes de comandos hierárquicos.

Se é certo que a unilateralidade e a hierarquia administrativa continuam a ter relevância no Direito Administrativo contemporâneo, não se podem subestimar seus “flancos débeis”⁶⁸ num cenário de Administração pluralista, multipolar, transversal, em rede. Admitindo-se que a ponderação passa a ser um método relevante de atuação administrativa contemporânea, a imposição administrativa não será o melhor meio de se obter uma decisão eficiente, já que, em muitas hipóteses, não terá condições sequer de perceber todos os interesses em jogo.

3. Algumas formas de manifestação

A Administração concertada pode se manifestar de distintas formas, que dependerão de sua previsão em cada sistema de Direito positivo. Nesta oportunidade, cabe fazer referência a alguns de seus meios de expressão, sem a pretensão, por óbvio, de apresentar lista exaustiva de suas manifestações.

O Estado social levou à intensa contratualização da atividade administrativa⁶⁹, processo que se intensificou ao longo do século passado. Para além dos contratos em que figura como cliente dos particulares, abre-se

68 SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 102.

69 DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit administratif*, p. 466-467; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v. 1, p. 684; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Contratos públicos*, p. 16.

para o Poder Público a senda dos contratos sobre o exercício de poderes públicos⁷⁰, quebrando o dogma anticontratual do exercício da autoridade, a par da intensificação da administração por acordos⁷¹, não necessariamente de natureza contratual, que amplia a composição do repertório da Administração concertada.

Daí que se pode falar em dois campos gerais de expressão da Administração concertada: a Administração por contratos, em que se tem a expansão do uso do contrato como modo típico e normal de atuação administrativa, incluído o exercício de poderes de autoridade; a Administração por acordos, de natureza não contratual, mas que, possuindo algum grau de relevância jurídica, qualificam modos de atuação unilateral com prévia participação, externa ou interna, seguida de acordos que condicionam a decisão administrativa.

No primeiro campo, da Administração contratual, a superação do dogma anticontratalista no Direito Administrativo⁷² possibilitou o desenvolvimento de variadas formas de Administração contratualizada. Especialmente a partir da afirmação do Estado prestador e interventor na atividade econômica, em que se passa a admitir, com menos oposição, a legitimidade da atuação administrativa pela via do contrato⁷³, grande foi a evolução dos modos de atuação contratualizada.

70 GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo*, p. 19-20; HUERGO LORA, Alejandro. *Los contratos sobre los atos y las potestades administrativas*; KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos*.

71 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v. 1, p. 666-667; ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 62.

72 Que teve grande expressão nas doutrinas alemã e italiana, especialmente em Otto Mayer (por exemplo, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, p. 98), na Alemanha e em Ranellotti e Cammeo, na Itália. Nesse sentido, GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo*, p. 14.

73 MASUCCI, Alfonso. *Il contratto di diritto pubblico fra "amministrazione imperativa" e "amministrazione paritaria": l'esperienza tedesca*, p. 120.



Nesse sentido, podem ser mencionados os seguintes exemplos de expansão da Administração contratual:

a) A expansão da transferência de serviços públicos para a execução privada, com ou sem gestão conjunta de infraestruturas, por meio dos clássicos contratos de concessão, ou de novas modelagens, como os chamados contratos de parcerias público-privadas.

b) A crescente transferência, ao menos parcial, por meio de contratos, de atividades estatais para entidades do terceiro setor. É o campo do chamado *contracting out*, que ganha força no espaço europeu, ou o modelo dos contratos de gestão e termos de parceria firmados com entidades qualificadas como organizações sociais ou organizações da sociedade civil de interesse público, além de contatos com outras organizações da sociedade civil, no caso brasileiro⁷⁴.

c) O crescimento exponencial da transferência da execução de tarefas públicas para o setor privado, na experiência dos Estados Unidos da América, incluindo atividades nucleares do campo estatal, como funções de inteligência, de defesa interna, de coleta e tratamento de informações públicas, gerando o que se chamou de “governo por contrato”⁷⁵.

d) O uso alargado da contratualização no âmbito de atuação de entidades públicas de base territorial, como instrumento de colaboração entre o poder central, regiões autônomas e autarquias locais (municípios)⁷⁶.

74 Sobre o chamado *contracting out*, MARTINS, Licínio Lopes. *Contrato público e organização administrativa*, p. 672-732. Para uma visão panorâmica das organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público no Direito brasileiro, MODESTO, Paulo. *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*, p. 272-280.

75 FREEMAN, Jody; MINOW, Martha. *Reframing the outsourcing debates*, p. 1-2.

76 LEITÃO, Alexandra. *Contratos interadministrativos*, p. 92.

Essa concertação interadministrativa tem servido à harmonização de políticas públicas levadas a cabo em mais de um nível territorial, preservando uma ação pública coordenada e mitigando efeitos nocivos do policentrismo e da segmentação das ações administrativas⁷⁷.

e) No caso brasileiro, tem avultado, no âmbito das relações entre os três níveis da organização federativa, a figura dos convênios e dos consórcios públicos, de natureza contratual, como instrumentos de cooperação⁷⁸.

f) A ampliação do fomento público a atividades econômicas, especialmente quando estão envolvidos significativos investimentos privados. O uso de contratos, nesses casos, busca assegurar clareza de regras e segurança jurídica, muitas vezes ausentes de atuações unilaterais, em geral precedidas de procedimentos morosos e nem sempre transparentes⁷⁹.

g) No campo da organização administrativa, a contratualização ganhou relevância nas relações entre o Estado e seus órgãos e entidades que lhe são auxiliares⁸⁰, com finalidades diversas, como a disciplina da atuação de empresas estatais⁸¹, a garantia de autonomia e a avaliação de desempenho de órgãos e entidades⁸², além do uso de contratos entre

77 CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*, p. 163.

78 No Direito espanhol, tratando do uso de consórcios para a cooperação interadministrativa entre a Comunidade Autónoma da Galícia e os municípios, na gestão compartilhada de serviços sociais, FERREIRA FERNÁNDEZ, A. Javier. *Los consorcios del sector público autonómico*, p. 95-143.

79 HUERGO LORA, Alejandro. *Los contratos sobre los atos y las potestades administrativas*, p. 98-100.

80 FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. *Précis de droit administratif*, p. 340-341.

81 De que é exemplo marcante a experiência francesa, a partir do Relatório Nora, em fins dos anos 1960. Nesse sentido, OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*, p. 74-82.

82 Constituição brasileira de 1988, art. 37, § 8º.



o Estado e suas entidades auxiliares, para empreitada de obras, fornecimento de bens ou prestações de serviços. Nesse último caso, coloca-se a questão da chamada contratação *in house*, que tem provocado importante discussão no âmbito da União Europeia, contrapondo a liberdade de auto-organização administrativa e o livre mercado⁸³.

h) Outro campo relevante de expansão da Administração contratual se dá na substituição da instauração de um procedimento que visa a aplicar uma sanção por um compromisso acordado de reparação de danos, alteração de comportamentos, correção de uma atuação administrativa ou medidas compensatórias⁸⁴. São exemplos dessa espécie contratual no Direito brasileiro: os termos de ajustamento de conduta, celebrados com base no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347, de 1985, que autoriza os órgãos públicos legitimados a tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações; os termos de ajustamento de gestão, no âmbito de alguns Tribunais de Contas, que estão legalmente legitimados para instaurar procedimentos de pactuação do ajustamento de modos de atuação em desconformidade com o ordenamento jurídico, em alternativa à aplicação de sanções; a substituição contratual de procedimentos sancionatórios no âmbito de entidades regulatória.

Já no campo da Administração por acordos, em que o consenso firmado não se reveste de natureza contratual, diversos instrumentos de

83 Sobre a matéria, a título exemplificativo, entre inúmeras referências, CARINGELLA, Francesco. *Corso di diritto amministrativo*, t. I, p. 857-917; LEITÃO, Alexandra. *Contratos interadministrativos*, p. 336-358; RAIMUNDO, Miguel Assis. *A formação dos contratos públicos*, p. 646-658; AZEVEDO, Bernardo. *Contratação in house: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado*.

84 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. *Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção*, p. 3.

manifestação da concertação administrativa podem ser encontrados, especialmente no campo da informalidade administrativa. Quanto ao sentido da expressão acordo administrativo, não há consenso doutrinário, mesmo quando se analise um mesmo sistema jurídico nacional.

Por exemplo, no Direito Administrativo brasileiro, é utilizada basicamente em dois sentidos: um sentido amplo, entendido como módulo consensual⁸⁵, ou convenção celebrada entre a Administração Pública e particulares para o desempenho de atividades públicas, sob regime de Direito público, do qual o contrato administrativo é uma espécie⁸⁶; e em sentido mais restrito, como uma nova forma de atuação da Administração Pública, ou uma “categoria jurídica em evolução”⁸⁷, como uma modalidade intermédia entre o ato administrativo e o contrato administrativo.

Já no Direito italiano, ganhou relevância com a Lei nº 241, de 1990, que estabelece, em seu art. 11, a possibilidade de a Administração, em âmbito procedimental, substituir uma decisão unilateral por um acordo com o particular. Tal norma formalizou uma prática, que se consolidava na realidade administrativa, de celebração de acordos informais, chegando-se a afirmar que o citado dispositivo transformou acordos de “direito jurisprudencial” em acordos de “direito legislativo”⁸⁸. Não há consenso doutrinário sobre a natureza de tais acordos: há que entenda se tratar de contratos de Direito Público, em posição similar aos contratos substitutivos de atos unilaterais do Direito alemão⁸⁹; por outro lado, há quem os

85 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*, p. 248.

86 DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Acordos administrativos*, p. 206; 215.

87 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*, p. 246.

88 CASTIELLO, Francesco. *Procedimenti ed accordi amministrativi*, p. 56.

89 CASTIELLO, Francesco. *Procedimenti ed accordi amministrativi*, p. 65-66.



considere contratos de Direito Privado⁹⁰; e cabe mencionar, ainda, parte da doutrina que considera tais acordos ajustes bilaterais de Direito Público, que, se não se confunde com o ato unilateral, também não se reconduz à figura do contrato, especialmente tendo em conta o conceito de contrato a partir do Código Civil⁹¹.

O certo é que a configuração do acordo administrativo como uma categoria intermédia entre o contrato e o ato unilateral depende de fundamentação no Direito positivo. No caso do Direito Administrativo brasileiro, a despeito de haver fundamentos para uma concepção ampla de contrato administrativo, que ultrapassa as noções de patrimonialidade ou de interesses contrapostos⁹², a figura do acordo administrativo tem aplicabilidade jurídica, em especial porque se deve reconhecer alguma vinculatividade jurídica nos acordos informais.

Assim é que, se não se trata de contratos, já que seriam acordos realizados à margem da legalidade estrita e, por outro lado, não contrariam a juridicidade, há a necessidade de caracterizar tais acordos como uma forma de ajuste não contratual. No âmbito da informalidade, a ausência de obrigações justificáveis não significa indiferença jurídica, do mesmo modo que, a *contrario sensu*, a juridicidade de tais figuras pode não implicar vinculatividade, porque delas não decorrem obrigações justificáveis para seus sujeitos⁹³.

90 Nesse sentido, autores como Guido Corso, M. Civitarese, Manfredi, entre outros arrolados por Guido Greco (*Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, p. 92-98). Citando decisão da Corte Constitucional italiana, nº 204/2004, que se refere a uma natureza “intrinsecamente contratual” dos acordos procedimentais, CARINGELLA, Francesco. *Corso di diritto amministrativo*, t. II, p. 2416.

91 Nesse sentido, com algumas variações, por exemplo, DAMIANI, Ernesto Sticchi. *La nozione di appalto pubblico*, p. 106; SCOCA, Franco Gaetano. *Autorità e consenso*, p. 37; FRACCHIA, Fabrizio. *L'accordo sostitutivo*, p. 159 ss.

92 Para a fundamentação de uma noção abrangente de contrato administrativo no Brasil, BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica*, p. 366-387.

93 SILVA, Suzana Tavares da. *A nova dogmática do direito administrativo*, p. 909-910.

Isso significa que, a despeito de não se reconduzirem a procedimentos legalmente instituídos e não gerarem, em princípio, direitos e deveres para as partes, os meios de atuação informal – e, para o que aqui interessa, os meios informais de concertação administrativa – sujeitam-se a vinculações de juridicidade⁹⁴ que se aplicam a todas as formas de atuação da Administração Pública. Nesse campo, “ausência de regime não equivale, todavia, a ausência de vinculações”⁹⁵. Enquadram-se no grupo de vinculações gerais⁹⁶, por exemplo, o dever de prossecução de interesses públicos, os princípios da boa-fé, da igualdade, da imparcialidade, da proporcionalidade⁹⁷.

Em síntese, especialmente quando envolve a participação de particulares, a concertação informal, vale dizer, aquela realizada à margem da legalidade estrita, em vista da incidência de figuras jurídicas como a autovinculação administrativa, a lealdade e a proteção da confiança, pode produzir efeitos vinculativos para a Administração, podendo, inclusive, levar a situações de que decorram responsabilização civil do Estado⁹⁸.

94 GONÇALVES, Pedro. *Advertências da administração pública*, p. 756, nota 87; SILVA, Suzana Tavares da. *Um novo direito administrativo?*, p. 89; AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. *Actuación material e informalidad*, p. 136.

95 GOMES, Carla Amado; LUÍS, Sandra Lopes. *O dom da ubiquidade administrativa*, p. 406.

96 OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*, p. 917; SILVA, Suzana Tavares da. *A nova dogmática do direito administrativo*, p. 906.

97 Em sentido distinto, afastando a vinculatividade da atuação informal por princípios da Administração Pública, embora reconheça limites aos ajustes informais, MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*, p. 472-473.

98 OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*, p. 916; 919.



4. Considerações finais

Como síntese final, pode-se afirmar que a Administração concertada é uma realidade do nosso tempo: a negociação tornou-se um instrumento imprescindível da função administrativa⁹⁹. Hierarquia, legalidade e controle parlamentar são meios parciais de legitimação democrática da atuação administrativa, abrindo espaço para instrumentos de democracia participativa. Participação e consenso, noções-chave de uma Administração concertada, são mecanismos de legitimação direta da atuação dos órgãos administrativos.

Além disso, relevam as relações entre Estado e privados, ou mesmo entre órgãos e entidades públicas, para o estabelecimento de uma atuação integrada e de relações duradouras, o que favorece a obtenção de informações relevantes para decisões administrativas imparciais e eficientes.

Se não é possível preconizar o fim da Administração hierarquizada e unilateral, por outro lado é preciso admitir que não mais se justifica sua prevalência absoluta sobre modelos de Administração concertada. A hierarquia e a ação unilateral continuam a ser modos relevantes de atuação administrativa, mas há que se reconhecer que hoje convivem com a concertação administrativa ou os modelos de negociação como mecanismos ordinários de atuação administrativa.

99 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v. 1, p. 685.

5. Referências bibliográficas

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. Actuación material e informalidade. El ejemplo de la concertación con la administración. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, n. 41-42, p. 123-172, 2013.

AZEVEDO, Bernardo. Contratação in house: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). Estudos de contratação pública, t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 115-145.

BARNES, Javier. La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional. In: BARNES, Javier (Ed.). *La transformación del procedimiento administrativo*. Sevilla: Global Law Press, 2008. p. 231-266.

BARNES, Javier. Reforma e innovación del procedimiento administrativo. In: BARNES, Javier (Ed.). *La transformación del procedimiento administrativo*. Sevilla: Global Law Press, 2008. p. 11-69.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Devido procedimento equitativo e vinculação de serviços públicos delegados no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. In: *Estudos em homenagem ao*



Prof. Doutor Rogério Soares. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 705-721.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARINGELLA, Francesco. *Corso di diritto amministrativo: profili sostanziali e processual*. t. I. 5. ed. Milão: Giuffrè, 2008.

CARINGELLA, Francesco. *Corso di diritto amministrativo: profili sostanziali e processual*. t. II. 5. ed. Milão: Giuffrè, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2013.

CASSESE, Sabino. Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Roma, v. 2, p. 374-385, 1985.

CASTIELLO, Francesco. Procedimenti ed accordi amministrativi: dagli "accordi ufficiosi" agli accordi codificati con la L. 241/90. In: AMIRANTE, Carlo (Coord.). *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*. Turim: Giappichelli, 1993. p. 51-78.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Controlo judicial da administração e responsabilidade democrática da administração. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto e; BITENCOURT NETO, Eurico (Coord.). *Direito administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 299-315.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa. *Legislação*, n. 9-10, p. 133-164, jan./jun. 1994.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Noções de direito administrativo*. v. 1. Lisboa: Danúbio, 1982.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Procedimento equitativo e direito de participação procedimental. *In: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. v. 4. Direito Administrativo e Justiça Administrativa. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 411-430.

DAMIANI, Ernesto Sticchi. *La nozione di appalto pubblico: riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*. Milão: Giuffrè, 1999.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Acordos administrativos: reflexões e apontamentos para a revisão da legislação dos contratos administrativos. *In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Federico Nunes de. (Coord.). Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 205-224.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit administratif*. 11. ed. Paris: Sirey, 2009.



ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1999.

ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

FERREIRA FERNÁNDEZ, A. Javier. Los consorcios del sector público autonómico: un instrumento para la gestión conjunta de servicios públicos. *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, Monográfico: Estudios sobre la modernización administrativa, Santiago de Compostela, segunda época*, p. 95-143, 2011.

FRACCHIA, Fabrizio. *L'accordo sostitutivo: studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilateral di esercizio del potere*. Padova: CEDAM, 1998.

FREEMAN, Jody; MINOW, Martha. Reframing the outsourcing debates (introduction). In: FREEMAN, Jody; MINOW, Martha (Ed.). *Government by contract: outsourcing and american democracy*. Cambridge, Massachusetts – London, England: Harvard University Press, 2009. p. 1-20.

FREITAS, Juez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. ref. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. *Précis de droit administratif*. 5. Ed. Paris: Montchrestien, 2008.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GAMBINO, Silvio. Amministrazione e contratto: l'esperienza francese fra tecnocrazia e consenso. In: AMIRANTE, Carlo (Coord.). *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*. Turim: Giappichelli, 1993. p. 130-155.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. v. 1, 14. ed. Navarra: Thomson-Civitas, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v. 2, 7. ed. Reimpressão. Madri: Civitas, 2001.

GIANNINI, Massimo Severo. Il pubblici poteri negli stati pluriclasse. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2-3, p. 389-404, 1979.

GOMES, Carla Amado; LUÍS, Sandra Lopes. O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a actividade administrativa informal. In: GOMES, Carla Amado. *Textos dispersos de direito administrativo*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013. p. 371-420.

GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo: uma instituição do direito administrativo de nosso tempo*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2004.

GONÇALVES, Pedro. Ensaio sobre a boa governação da administração pública a partir do mote da “new public governance”. In: *O governo da administração pública*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 7-33.

GRECO, Guido. *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*. Turim: Giappichelli, 2003.

HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Law and administration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

HUERGO LORA, Alejandro. *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Madri: Civitas, 1998.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.



LEITÃO, Alexandra. *Contratos interadministrativos*. Coimbra: Almedina, 2011.

LEITÃO, Alexandra. As formas contratuais de cooperação entre a administração central e a administração local. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 427-456.

LOUREIRO, João Carlos. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares* (algumas considerações). Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MACHADO, J. Baptista. *Participação e descentralização, democratização e neutralidade na Constituição de 76*. Coimbra: Almedina, 1982.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 27, ago/set/out. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-FLORIANO-AZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf>. Acesso em: 02 de abril de 2014.

MARTINS, Licínio Lopes. Contrato público e organização administrativa. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). *Estudos de contratação pública*, t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 671-732.

MASUCCI, Alfonso. Il contratto di diritto pubblico fra “amministrazione imperativa” e “amministrazione paritaria”: l’esperienza tedesca. In: AMIRANTE, Carlo (Coord.). *La contrattualizzazione dell’azione amministrativa*. Turim: Giappichelli, 1993. p. 115-129.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Trad. Luís Afonso Heck da 14. ed. Barueri: Manole, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. Ordre intérieur administratif et contrat. *Revue Française de Droit Administratif*, Paris, n. 13, v. 6, p. 1129-1138, nov./dez. 1997.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 10, mai/jun/jul. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 10 de março de 2014.

MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 5, mar/abr/maio 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 03 de dezembro de 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. rev., refund. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 13, mar./abr./maio. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 14 de abril de 2014.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OTERO, Paulo. *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.



OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2013.

OTERO, Paulo. *O poder de substituição em direito administrativo*. 2 v. Lisboa: Lex, 1995.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de derecho administrativo*. 2. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2008.

RAIMUNDO, Miguel Assis. *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el derecho alemán, europeo e internacional. In: BARNES, Javier (Ed.). *La transformación del procedimiento administrativo*. Sevilla: Global Law Press, 2008. p. 71-112.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madri-Barcelona: INAP-Marcial Pons, 2003.

SCOCA, Franco Gaetano. Autorità e consenso. In: Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Milão: Giuffrè, 2002. p. 21-48.

SEPE, Onorato. *L'efficienza nell'azione amministrativa*. Milão: Giuffrè, 1975.

SILVA, Suzana Tavares da. *Actuações informais da administração – verdade ou mito?* Novas formas de actuação administrativa sob a óptica do direito do ambiente. 199 f. 1998. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra.

SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Reimpressão. Coimbra: *Almedina*, 1998.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Contratos públicos: direito administrativo geral*. t. III. Lisboa: Dom Quixote, 2008.



Poder econômico e limites jurídicos à captura da concertação social

IRENE NOHARA¹

Resumo:

Concertação é um dos eixos de análise da governança pública, sendo vista também como expediente pelo qual a Administração procura intensificar as práticas democráticas. Além de enfatizar a necessidade de o Estado tomar medidas rumo à transparência, à responsividade e à integração de distintos setores da sociedade, tendo em vista uma atuação mais legítima, o presente artigo procura também problematizar o risco de captura da concertação social pelo poder econômico, dada assimetria existente entre os diversos grupos de interesse presentes na sociedade contemporânea. Espera-se alertar que não basta ter concertação, é necessário saber avaliar o grau de equidade que permeia as práticas de concertação, pois, se a ação estatal for simplesmente capturada pelo poder econômico, em detrimento dos interesses da sociedade civil organizada, é provável que haja necessidade de um reforço jurídico da cidadania, sendo este um dos caminhos que contribuem para a prevenção da corrupção.

1 Livre-Docente em Direito Administrativo (USP), Doutora e Mestre em Direito do Estado (USP), Professora-Pesquisadora do Programa de Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie e Advogada

Palavras-Chave: Concertação, Governança Pública, Poder Econômico, Limites Jurídicos, Prevenção da Corrupção.

Abstract:

Concertation is one of the axes of public governance. It is also regarded as an expedient by which the Public Administration seeks to intensify democratic practices. In addition to emphasizing the need of the State to take steps towards transparency, responsiveness and the integration of different sectors of society, this article also focus on the risk of capture of the concertation by economic power, having in account the existing asymmetry between the various interest groups in contemporary society. It hopes to warn that it is not enough to have concerted action, as for to assure democracy it is necessary to know how to assess a certain level of equity in concertation practices. If the state action is simply captured by economic power, there is a need for a legal reinforcement of citizenship, which is one of the ways that contribute to the prevention of corruption.

Keywords: Concertation, Public Governance, Economic Power, Legal Limits, Prevention of Corruption.

Sumário:

0. Considerações Iniciais; 1. Estado Democrático de Direito e concertação social; 2. Transformações instrumentais para agregar convergências no âmbito do Direito Administrativo; 3. Governança, transparência e assimetria de



informações; 4. Sedução de um discurso deontológico e problematização da potencialidade de captura pelo Poder Econômico; Conclusões.

Considerações iniciais

O presente artigo desenvolve o tema do poder econômico e os limites jurídicos à captura da concertação social, ao ensejo da realização da conferência sobre a prevenção da corrupção e outros desafios à governança pública, numa iniciativa conjunta entre o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA).

Antes de adentrar à temática propriamente dita gostaria de externar meu agradecimento aos ilustres Fabrício Motta e Eurico Bitencourt Neto pelo convite para participar do evento, também organizado por Carla Amado Gomes e Ana Fernanda Neves, e integrar os qualificados debates promovidos pela Universidade de Lisboa.

A concertação é um dos eixos de análise que permeiam a governança pública, sobretudo no cenário atual, sendo o objetivo da reflexão a proposta de se prevenir a corrupção. Objetiva-se analisar a concertação enquanto expediente mediante o qual a Administração Pública contemporânea desenvolve suas atividades tendo em vista o desafio de intensificar as práticas democráticas.

A governança pública será focada como um arranjo de operacionalização dos valores da democracia, o que amplia a participação das instâncias de deliberação e discussão do Estado, num campo comparti-

lhado de disputas. Por conseguinte, serão expostos os mecanismos que permitem a concertação no âmbito do Direito Administrativo, com foco nas audiências públicas, nas consultas populares, nos procedimentos de manifestação de interesse em modelagens de concessão e também nos mais recentes procedimentos de manifestação de interesse social, disciplinados pela Lei de Parcerias (Lei n.º 13.019/2014).

Todavia, em vez de se optar por expor a vertente meramente enunciativa de um *dever ser* de atuação do Estado, rumo à transparência, à responsividade e à integração de distintos setores da sociedade na articulação das ações estatais e na processualização de uma ação administrativa que se volta ao consenso, dada presença de novos instrumentos que viabilizam a concertação, a presente abordagem procurará também problematizar que há o *risco de captura* da concertação social pelo poder econômico, dada assimetria existente entre os variados grupos de interesses presentes na sociedade contemporânea.

Nesta perspectiva, serão enfatizadas duas possibilidades de captura: a captura da concertação com a sociedade civil num arranjo que se estabelece em prol dos segmentos econômicos fortes articulados com o Poder Público, e a potencialidade da captura do terceiro setor por agentes políticos.

Nas parcerias com a iniciativa privada, há um potencial de captura dos grupos mais vulneráveis por aqueles mais bem articulados com o Estado, numa concertação carente de equidade, o que pode redundar, conforme será visto, em projetos de infraestrutura capitaneados pela Administração que, não obstante serem modernizantes, não raro possuem efeitos socialmente excludentes. Tais possibilidades representam instâncias que dissociam o objetivo de *modernização* em relação à proposta de promoção do *desenvolvimento*, dado que alijam parcela da população do rol de futuros beneficiários das ações estimuladas pelo Poder Público.



Do ponto de vista das parcerias com a sociedade civil organizada, por sua vez, será visto que há a possibilidade de captura das organizações da sociedade civil pela ação dos agentes políticos, o que implicaria em subversão do intento de se criar um *setor público não estatal* forte e que contribua, portanto, para o controle do próprio Estado.

Por fim, será reiterado que a concertação é o caminho rumo ao aprofundamento da democracia, logo, que as parcerias daí resultantes são salutares e relevantes, mas que o pesquisador deve estar atento também para *como* se dará essa concertação. Se a ação estatal for capturada pelo poder econômico e a sociedade civil não puder se expressar de forma equitativa, é muito provável que haja a necessidade de um reforço jurídico da cidadania.

Espera-se, portanto, contribuir de forma crítica e, na medida do possível, propositiva para o debate dos desafios da governança para a prevenção da corrupção, por meio da análise dos gargalos nos quais a concertação (que deve existir e ser intensificada) não é suficiente para evitar a captura do debate tendo em vista a assimetria de informação e também a ausência de condições políticas e econômicas para a influência equitativa de distintos grupos sociais.

1. Estado Democrático de Direito e concertação social

Estado Democrático de Direito representa uma síntese agregadora do Estado Social com a proposta Democrática, tendo em vista refrear a tendência de o Estado atuar de forma impositiva² no seu ímpeto de reali-

² Segundo Carla Amado Gomes, a transição do Estado Liberal para o Estado Social representou a perda do paradigma do ato de autoridade, imagem de marca de uma

zação dos fins públicos. Assim, o Estado Democrático agrega cidadania à atuação Administrativa. Ele implica, conforme será exposto, enxergar os cidadãos da perspectiva não apenas de *destinatários* das prestações do Poder Público, mas, principalmente, alçá-los à condição de *protagonistas* das transformações sociais.

A conjugação entre Estado Social e Estado Democrático intensifica a ideia de soberania popular, originariamente desenvolvida por Jean Jacques Rousseau,³ no sentido de se enfatizar que o poder emana do povo, que, segundo o parágrafo único do artigo 1.º Constituição da República Federativa do Brasil, o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos da Constituição.

Atualmente, percebe-se que a *democracia participativa* congrega tanto a representação (democracia representativa), como também a intensificação dos canais de participação direta do povo na condução e discussão dos assuntos coletivos (democracia direta).

Portanto, para além da escolha dos representantes eleitos, para que a legitimidade de um governo seja ampliada, é necessário estimular a existência de mecanismos de interlocução direta, o que se dá não apenas com o uso da iniciativa popular, do plebiscito e do referendo, que são os instrumentos previstos no artigo 14.º da Constituição, mas principalmente por meio da audiência pública, da consulta popular e das enquetes eletrônicas.

Administração agressiva (*Eingriffsverwaltung*), sendo adotados novos modelos de intervenção (*Leistungsverwaltung*). CARLA AMADO GOMES. Operações Materiais Administrativas. In. *Textos Dispersos de Direito Administrativo*, Lisboa, 2013, pp. 11-12.

3 ROUSSEAU, *Os pensadores* – O contrato social, São Paulo, 1978, p. 22.



Logo, as novas propostas de gestão pública procuram ser realizadas *bottom-up*, isto é, de realização por meio da maior interlocução com a sociedade civil organizada, com possibilidades estabelecidas também de baixo para cima (como ocorre nos programas de manifestação de interesse ou mesmo nos termos de fomento das parcerias com as organizações da sociedade civil, conforme será visto), afastando-se, portando, da noção de Administração Pública hierárquica, encastelada em suas certezas, impositiva ou mesmo unilateral, para que haja uma gestão compartilhada dos interesses públicos.

A gestão pública democrática procura apoiar-se na noção de consenso, o que confere à atuação administrativa maior legitimidade. Essa postura, adequada ao pluralismo, induz à necessidade de implementação de uma concertação entre diversos atores sociais.

Concertação, na exposição de Eurico Bitencourt Neto, associa-se com a busca de consensos sobre questões econômicas e sociais, sendo:

“tributária do princípio democrático, na medida em que, não desconhecendo os conflitos inerentes a uma sociedade plural, substitui decisões unilaterais de gabinete por processos de discussão e persuasão, ou, em outras palavras, substitui uma atuação impositiva por uma atuação negociada e consensual”.⁴

Quanto maior a concertação social, mais efetividade tendem a ter as políticas públicas adotadas pelo Estado, pois quanto maior a adesão popular em relação àquilo que o Poder Público realiza, mais efetiva é a concretização e a aderência da população aos projetos.

4 EURICO BITENCOURT NETO, *Concertação Administrativa Interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI*, São Paulo, 2017, p. 193.

A abertura dos corpos burocráticos à permanente interlocução e ao controle comunitário retira do poder político tradicional a exclusividade na delimitação das prioridades coletivas. É uma tendência na democracia contemporânea a transformação do setor público de *produtor direto* de bens e serviços para *indutor e regulador* do desenvolvimento, o que se dá, principalmente, por meio do “compartilhamento de responsabilidades com o tecido social”⁵.

Retira-se do Estado o monopólio da *governança*, sendo o Poder Público direcionado ao papel de *articulador* de compromissos sociais e garantidor do diálogo transparente na arena pública, cumprindo à sociedade civil, por sua vez, a conquista de alternativas democráticas de interlocução nesse processo para restringir as medidas do Mercado que se articulam na contramão dos interesses coletivos e que são passíveis de limitação por meio da atividade intervencionista do Estado.

O sucesso das medidas de participação não depende exclusivamente do uso das melhores regras *técnicas* disponíveis, pois, para que haja produção de *sinergia*, indutora de reflexões conjuntas, os agentes responsáveis por viabilizar o processo de participação devem saber *envolver* os atores da sociedade civil numa atmosfera que seja indiciária da existência de um processo real; dito em outros termos, os participantes devem sentir que a participação da comunidade é capaz de produzir benefícios sociais.

Acrescente-se, ainda, que a substituição da gestão tecnoburocrática monológica, segundo expõe Luciana Ronconi,⁶ pelo gerenciamento mais

5 ROGÉRIO GESTA LEAL, Esfera pública e a participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil, *Interesse Público*, ano 10, n. 48, mar./abr. 2008, Belo Horizonte, 2008, p. 74.

6 LUCIANA RONCONI, Governança pública: um desafio à democracia, *Emancipação*, Ponta Grossa, 11 (1), p. 28, 2011.



participativo e dialógico, é pauta da governança pública mais atualizada, conforme será visto adiante.

2. Transformações instrumentais para agregar convergências no âmbito do Direito Administrativo

O Direito Administrativo Contemporâneo, que assume e intensifica a pauta democrática, procura introduzir mecanismos que viabilizem um maior grau de concertação entre diversos setores da sociedade civil, o que é salutar e recomendável.

O esgotamento da representatividade como instância exclusiva da democracia também se deve a dois fatores: (1) em primeiro lugar, pelo aumento da desconfiança da população em relação ao *modus procedendi* da classe política, o que é acompanhado no Brasil nos desdobramentos da Lava Jato e em outras operações que apontam para a cooptação da classe política pelo poderio econômico; e (2) o aumento da complexidade, que pulveriza as questões de interesse geral para além da exclusividade da arena pública.⁷

Com a proliferação de agências reguladoras, que emitem diretrizes para desdobrar proibições e permissões, dentro das margens da reserva legal (relativa), é relevante, antes que alguma questão de interesse geral seja decidida, que haja a interlocução, via audiência pública ou consulta popular.

A consulta e a audiência são formas de participação na instrução dos processos administrativos. Ambas envolvem o exercício da informação,

⁷ Sendo esse um tema afeto às abordagens de Ulrich Beck. ULRICH BECK, *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*, São Paulo, 2010.

usufruído tanto pelo cidadão, que tem acesso aos dados fornecidos pelo Poder Público e às controvérsias debatidas, como pela Administração, que se beneficia das informações da participação popular rumo a uma decisão mais consensual.

Enquanto a consulta abrange o oferecimento de alegações escritas, a audiência pública caracteriza-se pela oralidade dos debates, muito embora estes devam ser registrados por escrito e inseridos nos autos dos processos.

Apesar da ausência de vinculação, que caracterizam as audiências e as consultas públicas, que não possuem, portanto, caráter decisório, não se pode negar que a influência exercida no debate, escrito ou oral, pode abarcar aspectos amplos do assunto do interesse geral, sendo algo que transcende uma resposta pontual, no sentido do *sim* ou *não*, envolvendo formas discursivas que objetivam persuadir a Administração a tomar a decisão final do processo em certa direção mais compatível com o consenso (intersubjetivo).

O artigo 38.º da Lei n.º 9.784/99 trata tanto a audiência como a consulta como expedientes de realização facultativa, mas há situações em que a lei determina sua realização em caráter obrigatório, como, por exemplo, ocorre por meio do artigo 39.º da Lei n.º 8.666/93 (que estabelece que sempre que houver um valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações superior a cem vezes um milhão e quinhentos mil reais, o que dá 150 milhões de reais, o processo licitatório dependerá da realização de uma audiência pública para se iniciar).

O artigo 33.º da lei de processo administrativo (Lei n.º 9.784/99) faculta, ainda, que, em matéria relevante, os órgãos e entidades administrativas estabeleçam outros meios de participação, diretamente ou por organizações e associações legalmente constituídas. Pode haver participação por enquetes ou consultas eletrônicas, painéis de debate da popu-



lação com especialistas e também na atuação dos conselhos de gestão e fiscalização de serviços públicos.

Esses seriam os meios tradicionais de participação social no debate público, sendo tais expedientes engendrados para a extração de consensos. No entanto, um aspecto não pode ser deixado de lado: os Estados Contemporâneos encontram-se desafiados, sobretudo num cenário de crise, a encontrem meios de cumprirem com suas tarefas também a partir da colaboração com o segmento privado ou mesmo com a sociedade civil organizada.

Daí porque se verifica um movimento no sentido de se implementar formas novas de parceria que incentivem a formação de vínculos jurídicos (conveniais ou mesmo contratuais em sentido restrito) seja com a iniciativa privada, seja com o terceiro setor, para que estes últimos contribuam para o desenvolvimento das atividades públicas.

Do ponto de vista da atração de investimentos da iniciativa privada no tocante à construção de infraestrutura, não se pode deixar de mencionar a criação paulatina em inúmeros Estados das emblemáticas e controvertidas Leis de Parcerias Público-Privadas, que, no caso do Brasil, é a Lei n.º 11.079/04. Esta foi vista como um instrumento que procurou suprir as insuficiências das tradicionais Leis de Concessões na atração de investimentos, dado que nos modelos de concessões comuns os riscos correriam, em tese, por parte da iniciativa privada.

Ainda, para que o Poder Público saiba das potencialidades da iniciativa privada, houve a intensificação do uso do Procedimento de Manifestação de Interesse (doravante PMI), sendo este empregado tanto nas concessões comuns como nas parceria público-privadas para obtenção de consensualidade a partir do compartilhamento de informações entre o privado e o público, antes da realização de uma licitação, sendo que os

dados levantados permitirão à Administração realizar uma modelagem que seja atraente à iniciativa privada e simultaneamente vantajosa ao Poder Público.

A Administração, por meio do PMI, instiga os interessados a apresentarem estudos e projetos específicos, conforme diretrizes que sejam úteis para a futura elaboração do edital, sendo regulamentado na esfera federal pelo Decreto n.º 8.428/2015. Além de mais democrático, o instrumento reduz o custo de contratação por parte da Administração de consultores externos na fase interna da licitação e tende a produzir contratos mais alinhados com as possibilidades da iniciativa privada.

A Administração poderá, a partir da realização do PMI, instruir de forma mais adequada seus projetos para atrair propostas mais customizadas em função das possibilidades verificadas, evitando-se, inclusive, a circunstância das licitações desertas ou mesmo que não solucionem adequadamente às demandas por determinado serviço.

Do ponto de vista do terceiro setor, por sua vez, também houve uma série de medidas que foram tomadas a partir da Reforma Administrativa da década de noventa, para estimular o fortalecimento do chamado *setor público não estatal*. Este se articula, pela via do fomento, no cumprimento de tarefas de utilidade pública.

A situação de falta de investimentos do Estado na realização direta de suas atividades, diante dos desafios de ajuste fiscal, ainda aprofundado pelo congelamento de gastos ocorrido mais recentemente no Brasil, redobra a relevância que adquire o terceiro setor na cooperação solidária com a agenda de políticas públicas do Estado.

Com a edição da Lei de Parcerias (Lei n.º 13.019/14), houve efetivamente a criação de marcos legais para a escolha e o monitoramento



da articulação entre as organizações da sociedade civil organizada e o Estado. Note-se que, além da Lei de Parcerias, há entes do terceiro setor que possuem disciplina própria em leis especiais, como, por exemplo: as Organizações Sociais (OS), que se submetem à disciplina da Lei n.º 9.637/98, e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OS-CIPs), que são disciplinas pela Lei n.º 9.790/99.

Antes da Lei de Parcerias, era o convênio que era utilizado mais intensivamente para o repasse de recursos às entidades do terceiro setor. Atualmente, com a especialização das parcerias:

“A Lei n.º13.019/2014 praticamente extinguiu os convênios com o terceiro setor, instituindo em seu lugar os Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação. A partir da nova lei, os convênios passam a ser instrumento de ajuste celebrados entre duas entidades estatais ou entre uma entidade estatal e uma entidade do terceiro setor com atuação no âmbito do SUS. Com isso, todos os demais ajustes com o terceiro setor historicamente formalizados por convênios devem passar a seguir a nova disciplina legal”.⁸

Note-se que apenas os termos de colaboração e de fomento envolvem repasse de recurso público. Os acordos de cooperação, por sua vez, não compreendem o recebimento de recursos públicos, mas não deixam de incentivar a solidariedade social, pois articulam as forças do Estado com a sociedade rumo ao cumprimento de objetivos comuns, ainda que não haja emprego mais direto de verbas públicas.

8 Apresentação da obra: FABRÍCIO MOTTA, FERNANDO MÂNICA, RAFAEL ARRUDA OLIVEIRA (Coords), *Parcerias com o terceiro setor*, Belo Horizonte, 2017, p. 25.

Contudo, é importante que o Estado não se dispa de suas atribuições, com relação à prestação dos serviços públicos e demais atividades de interesse público que lhe cumpra, em função de suas competências, implementar. Logo, o terceiro setor será um *coadjuvante* significativo, numa ação articulada, o que não retira do Estado o papel de promotor do bem-estar geral, conforme suas tarefas constitucionais alicerçadas na proposta de um Estado Social e Democrático de Direito.

Ademais, a concertação com o terceiro setor, via parceria, pode envolver, conforme nova disciplina legal, a realização do Procedimento de Manifestação de Interesse Social (doravante PMIS), além do mencionado termo de fomento, cuja proposta parte da iniciativa privada.

O PMIS foi inspirado na prática que existe em contratações complexas, sobretudo no âmbito das concessões e parcerias público-privadas, de se promover uma interlocução, por meio do procedimento de manifestação de interesse (PMI), com os destinatários de certa modelagem que o Poder Público objetiva realizar, conforme dito, para colher dos segmentos interessados em participar do certame, dados que permitam à Administração Pública chegar a uma proposta operacional mais embasada.

PMIS é instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao Poder Público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando celebração de parceria.

Ele permite à Administração conhecer *tecnologias sociais inovadoras*, pois da sociedade civil podem surgir ideias criativas e novidades aptas a enfrentar melhor os problemas sociais. Pode ser classificado como *bottom-up* porque a proposta é encaminhada por representantes da sociedade.



O artigo 19.º da lei exige os seguintes requisitos: identificação do subscritor da proposta; indicação do interesse público envolvido; e diagnóstico da realidade que se quer modificar, aprimorar ou desenvolver e, quando possível, indicação da viabilidade, dos custos, dos benefícios e dos prazos de execução da ação pretendida. Uma vez preenchidos tais requisitos, haverá a publicidade da proposta no *site* da Administração e, verificada a conveniência e oportunidade de realização do PMIS, haverá a oitiva da sociedade sobre o tema.

Ocorre que a realização do PMIS não implicará necessariamente a execução do chamamento público, que ocorrerá em função dos interesses da Administração. Entretanto, se a Administração Pública decidir realizar a parceria, ela deverá, mesmo diante da realização de um PMIS, convocar, por meio de chamamento público, como condição básica para a celebração da parceria com a organização da sociedade civil, sendo vedado condicionar a realização do chamamento público ou a celebração de parceria à prévia realização de PMIS.

Em suma, o PMIS não vincula a Administração à realização do chamamento público, assim como o PMI não obriga a Administração a realizar uma licitação, nem sua realização pode ser estabelecida como condição de celebração da parceria, mas eles representam instrumentos aptos à promoção de concertação.

3. Governança, transparência e assimetria de informações

O acirramento da complexidade das questões públicas, com o desenvolvimento das sociedades contemporâneas, retiraram do Poder Legislativo o protagonismo na formação da vontade racional. O debate

acerca da “ingovernabilidade” e da “democracia volúvel” recrudescceu o questionamento da exclusividade do sistema político como local de exercício da cidadania.

O cerne da governança pública passa a ser permeado, então, pela reflexão sobre a consolidação da democracia, na aproximação entre o Estado e as pautas de reivindicação da sociedade civil. Nesta perspectiva, abre-se espaço à governança pública como *locus* de uma democracia que se exercita para além dos modelos exclusivamente representativos, ou seja, para a “participação do cidadão na gestão deliberativa das políticas públicas e dos processos decisórios”.⁹

Segundo Luciana Roconi, esse movimento de articular as dimensões *institucional-administrativa* e *econômico-financeira* das organizações com um ingrediente *sociopolítico* adveio da influência da governança corporativa na governança pública, ou seja, na gestão do Estado.

Inicialmente, a proposta de governança incorporada nas pautas de discussão dos governos latino-americanos e, em particular, no Brasil, foi no sentido de promover a Reforma Administrativa como fator para a modernização dos Estados e sua inserção em “condições de competitividade” no cenário internacional.

No caso brasileiro, tal movimento ocorreu intensivamente na década de noventa, sobretudo com a edição do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (doravante PDRAE). Este foi o documento que continha os objetivos principais da Reforma Administrativa e que oficialmente contemplou nas discussões da gestão pública o vocabulário e os valores próprios da governança corporativa.

9 LUCIANA RONCONI. Governança Pública: um desafio à democracia. *Emancipação*, Ponta Grossa, 11 (1), 2011, p. 32.



A governança corporativa foi associada também com os preceitos da *new public management* (nova gestão pública), que passou por diversas fases. A fase inicial da nova gestão pública foi determinante nas concepções presentes no PDRAE e denominou-se gerencialismo. Este representou o fermento do chamado modelo gerencial, que intentou substituir o modelo burocrático de gestão por formas mais flexíveis de governança. O modelo gerencial procurou deslocar o eixo dos procedimentos (*rule-based accountability*) pela *performance-based accountability* (ênfase nos resultados ou no desempenho).

Na atualidade, o debate sobre o gerencialismo foi entremeado por diversas preocupações democráticas, na conjugação da *accountability* (prestação de contas) com a justiça (*fairness*) ou equidade (*equity*), o que representa o preenchimento de uma significativa lacuna de cidadania ou do olhar para a dimensão sociopolítica.¹⁰

Todavia, o modelo gerencial propugnava a satisfação das necessidades dos cidadãos vistos da perspectiva de “clientes”, mas a cidadania pressupõe transcender a mera exigência de uma prestação estatal de qualidade, pois requer emancipação. *Cidadania* implica erigir o cidadão à condição de protagonista da transformação social¹¹, conforme dito, e não considerá-lo tão somente da perspectiva de destinatário de uma prestação pública.

Em suma, em vez de enxergar o cidadão da perspectiva de destinatário, isto é, de *objeto* das decisões alheias, se o que se deseja é a intensificação dos valores democráticos e da soberania popular, as pessoas

10 IRENE PATRÍCIA NOHARA, *Reforma administrativa e burocracia*, São Paulo, 2012, p. 211.

11 Cf. IRENE PATRÍCIA NOHARA, *Reforma Administrativa para além do discurso do “Cidadão-Cliente”*. In. *60 Desafios do Direito: Política, Democracia e Direito*, São Paulo, 2013, p. 43.

devem ser consideradas como *sujeitos* capazes de influenciar os rumos das políticas públicas ou dos procedimentos administrativos que irão afetar seus interesses.

A influência do debate da governança corporativa na governança pública também intensificou a exigência pela transparência (*disclosure*), bem como por *compliance*, o que implicou na inserção de uma pauta de conduta ética de responsabilidade dos diversos atores empresariais e também políticos, no contexto da intensificação da articulação das interações entre *Estado, mercado e sociedade civil*.

Tais concepções foram estimuladas no Brasil a partir da edição da Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527/2011), bem como da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013), sendo que a aplicação dos rigores das sanções desta última lei, a exemplo de elevadas multas¹² e publicação extraordinária da condenação, podem ser abrandados pela adoção de medidas de *compliance* fomentadas pela governança corporativa.

Segundo defende Luciana Ronconi,¹³ a governança pública desponta como um importante arranjo institucional que propicia a operacionalização dos princípios democráticos, pois ao reafirmar os valores da *democracia*, da *cidadania* e dos *interesses públicos* possibilita a ampliação dos mecanismos de participação das instâncias de deliberação do Estado e a incorporação de ações transparentes e compartilhadas (por concertação).

Trata-se de expediente veiculado no Poder Público com as ampliações dos conselhos de gestão e fiscalização de serviços públicos. Quanto

12 A multa pode chegar a 20% do faturamento bruto do último exercício ao início das investigações da prática de ato contra a Administração Pública.

13 LUCIANA RONCONI. Governança pública: um desafio à democracia. *Emancipação*, Ponta Grossa, 11 (1), 2011, p. 21.



a esse aspecto, deve-se mencionar a Lei n.º 13.460/2017, que dispõe sobre a participação, a proteção e a defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública, garantindo ao usuário a possibilidade de apresentar manifestações perante a Administração Pública acerca da prestação de serviços públicos.

A manifestação será dirigida à ouvidoria do órgão ou entidade responsável e conterá a identificação do requerente. Caso não haja ouvidoria, o usuário poderá apresentar manifestações diretamente ao órgão ou entidade responsável pela execução do serviço e ao órgão ou entidade a que se subordinem ou se vinculem.

Para incentivo da gestão democrática dos serviços públicos, há a previsão de *conselhos de usuários*, voltados para participação e acompanhamento da prestação, bem com avaliação dos serviços públicos. São órgãos consultivos aos quais compete: (1) acompanhar a prestação dos serviços; (2) participar na avaliação dos serviços; (3) propor melhorias na prestação dos serviços; (4) contribuir na definição de diretrizes para o adequado atendimento ao usuário; e (5) acompanhar e avaliar a atuação do ouvidor.

Diante de tais possibilidades, a consecução de interesses legitimamente públicos enfrenta também alguns desafios. Na *Era da Informação*, o conhecimento especializado é determinante para a tomada de decisões, sendo, contudo, distribuído de forma desigual, ou seja, nem todos os agentes sociais e empresariais detêm a mesma quantidade e qualidade de informações.

Na prática, enquanto alguns setores regulados possuem dados privilegiados e deles se utilizam para atingir seus interesses mais imediatos, outros segmentos ficam alijados e reféns de uma *racionalidade limitada*.

A assimetria de informações existente torna, por exemplo, as agências alvo da chamada captura regulatória em que os setores regulados, por deterem informações mais técnicas e estratégicas, exercem pressão e acabam influenciando o conteúdo da regulação feita em detrimento dos interesses dos consumidores, dos usuários e, em sentido amplo, da cidadania supostamente desinteressada, isto é, mais interessada nos benefícios “gerais” das medidas públicas, do que em favorecer determinado grupo em particular.

4. Sedução de um discurso deontológico e problematização da potencialidade de captura pelo Poder Econômico

É relevante que a abordagem da concertação social não seja demasiadamente romântica ou exclusivamente deontológica. Dito em termos mais claros, é ético que a Administração Pública deva se pautar em uma conduta concertada, isto é, que reflita os anseios e necessidades reais da sociedade civil e do mercado, mas, por outro lado, sem que se problematize a potencialidade de captura do Estado pelos segmentos econômicos diante da circunstância da assimetria informacional existente e demais meios de influência (*lícita e ilícita*) do poder econômico, o cumprimento do ideário democrático contido na concertação fica comprometido em seus alicerces.

Existem organizações que atualmente possuem um poderio de influência assemelhado a economias mundiais e que têm todas as condições de induzir tanto as decisões que são tomadas nos órgãos regulatórios, no fenômeno da captura, como até na eleição de representantes que irão atuar em benefício de seus interesses, daí porque no Brasil houve um debate mais recente sobre a reforma política e o financiamento das candidaturas.



Há grupos econômicos que agem afinados com o Estado numa circunstância em que, em diversos segmentos, faltam estruturas de mercado aptas a efetivamente promover concorrência, ao mesmo tempo em que o Poder Público se encontra desafiado (financeiramente) na realização de suas atividades.

Assim, alguns grupos acabam dominando os ajustes numa sintonia fina com determinados agentes políticos, para que, futuramente, os momentos de interlocução comunitária com a sociedade civil sejam meramente simbólicos, sendo, portanto, meros expedientes *pro forma*, que estão longe de efetivamente absorver as possíveis contribuições da sociedade civil propriamente dita.

É difícil equacionar, na prática, o cumprimento do princípio da soberania nacional econômica, que, segundo Eros Grau, “não supõe o isolamento econômico, mas antes, pelo contrário, a modernização da economia – e da sociedade – e a ruptura de nossa situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas”.¹⁴ Implementar o princípio da soberania nacional significa, na visão do autor, assegurar a todos existência digna e tem como objetivo particular viabilizar a participação da sociedade, em condições de igualdade, no mercado internacional.

Nesta perspectiva, diferencia Gilberto Bercovici as noções de modernização e de desenvolvimento. São conceitos que são frequentemente associados, mas que não são, do ponto de vista rigoroso, sinônimos. A busca pela eficiência por parte do Poder Público não pode se focar só no objetivo de modernização, uma vez que a simples disponibilidade de infraestrutura

14 EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo, 1998, p. 242.

com caráter mais atual para parcela da população pode não representar um processo que efetivamente conduza à noção de desenvolvimento.

De acordo com Gilberto Bercovici, inspirado nas reflexões desenvolvimentistas de Celso Furtado, quando não ocorre transformação, seja social ou no sistema produtivo, não se está diante de um processo de desenvolvimento, mas de simples modernização. Por conseguinte:

“Com a modernização mantém-se o subdesenvolvimento, agravando a concentração de renda. Ocorre a assimilação do progresso técnico das sociedades desenvolvidas, mas limitada ao estilo de vida e aos padrões de consumo de uma minoria privilegiada. Pode até acontecer um aumento de produtividade ou o crescimento econômico, mas não haverá melhoria das condições de vida da maioria da população”.¹⁵

O caso da *concertação urbanística* é repleto de exemplos dessa circunstância de divórcio de projetos, por exemplo, de operações urbanas consorciadas, que provocam a disposição de infraestruturas modernas, mas que não são alinhadas com a proposta de desenvolvimento local sustentável, sobretudo quando produzem *gentrificação*, isto é, a expulsão da população local da área que sofre as medidas de intervenção.

Também o terceiro setor é não raro capturado por agentes políticos. Apesar de a Lei n.º 13.019/2014 ter sido avançada, pois estabeleceu não apenas o controle do resultado no repasse de verbas de fomento para o terceiro setor, mas também uma série de critérios de chamamento público, para intensificar o controle, dada proximidade do debate da lei

15 GILBERTO BERCOVICI. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. São Paulo, 2008, p. 168.



com o impacto causado pelos escândalos da comissão parlamentar de inquérito das organizações não governamentais, há críticas que podem ser feitas às aberturas que a Lei n.º 13.204/2015 estabeleceu, lamentavelmente, aos critérios iniciais da Lei n.º 13.019/2014.

Foram criadas mais hipóteses de exceções à realização de chamamento público. A dinâmica das exceções foi inspirada no regime de contratação direta da Lei Geral de Licitações e Contratos, com algumas circunstâncias de dispensa e outras de inexigibilidade.

No tocante às hipóteses de *dispensa*, houve a previsão de circunstâncias como: a urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de 180 dias; guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social e programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança, pois a identificação da organização da sociedade civil comprometeria o sigilo demandado por tais programas.

Quanto à *inexigibilidade*, por sua vez, inicialmente ela se aplicava exclusivamente às questões de inviabilidade de chamamento, em razão da natureza singular do objeto do plano de trabalho ou quando as metas somente puderem ser atingidas por entidade específica.

Todavia, a Lei n.º 13.204/2015 acrescentou duas outras hipóteses de inexigibilidade: uma razoável, que é a previsão do objeto da parceria em acordo, ato ou compromisso internacional em que sejam indicadas as instituições, como frequentemente acontece no reconhecimento especial de uma dada atuação de Organização da Sociedade Civil, e outra que representa uma brecha absolutamente questionável: quando a parceria decorrer de *transferência autorizada em lei* na qual seja identificada expressamente a entidade beneficiária.

Trata-se de uma brecha que permite aos agentes políticos ajustarem, por lei, que uma entidade será favorecida, para que a organização da sociedade civil fuere a exigência da concorrência por meio de um chamamento público, e receba os recursos.

Tal abertura é a pequena fenda pela qual os objetivos da transparência, da competitividade e da ausência de privilégios infundados podem se esvaír. Daí representar uma alteração muito criticável, uma vez que em nada contribui para fortalecer a objetividade na celebração das parcerias com as organizações não governamentais. Trata-se sim de um verdadeiro retrocesso em relação aos objetivos da lei.

Também o artigo 29.º, inserido pela Lei n.º 13.204/2015, prevê outra brecha para ajustes de agentes políticos que tenham impacto nas parcerias com o terceiro setor, determinando que termos de colaboração ou de fomento com recursos decorrentes de *emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais* (além dos acordos de cooperação) serão celebrados sem chamamento público.

É dramático perceber a dificuldade que é criar no Brasil uma legislação apta a coibir a *captura política* das organizações da sociedade civil, até porque, do ponto de vista prático, os responsáveis pelas alterações legislativas são os próprios agentes políticos, sendo que muitos deles se beneficiam dessa dinâmica distorcida.

Para que haja a evolução do relacionamento entre sociedade civil organizada e o Poder Público no Brasil, seria interessante, portanto, que a brecha da influência meramente política fosse substituída pela transparência e pela presença de um procedimento claro, objetivo e padronizado, efetivamente aplicado de forma igualitária, de modo a afastar possíveis favorecimentos infundados.



Mas, lamentavelmente, as parcerias com as organizações não governamentais são vistas por muitos dos agentes políticos como uma oportunidade de estreitar o vínculo com as suas bases, numa dinâmica atrasada focada na troca de favores (assistenciais), sendo tal distorção ainda pior quando alicerçada no recebimento de recursos públicos, o que não auxilia na prevenção da corrupção.

Por conseguinte, essas são brechas que distorcem os objetivos da lei, pois elas alimentam práticas patrimonialistas, afastando parcela das organizações da sociedade civil da realização da política em seu sentido mais nobre, o que seria feito com o desenvolvimento da solidariedade social e da cidadania (emancipada).

Por meio dessas aberturas, pode haver, portanto, a restauração, em parte, de uma política no sentido mais rasteiro, voltada para a reprodução de privilégios infundados e da dependência, sobretudo pelas práticas assistencialistas, para a manutenção de grupos que desejam muito mais estender o espectro de influência do governo nas organizações não governamentais do que efetivamente colaborar com o fortalecimento de uma atuação empoderada da sociedade civil organizada, o que permitiria o amadurecimento da concertação.

Por conseguinte, para enfrentar os desafios que impedem o aprofundamento da prática democrática, é necessário que, em primeiro, lugar, haja um movimento de superação dos desafios distributivos na sociedade,¹⁶ para que exista igualdade de oportunidades de inúmeros

16 Nesse ponto é importante diferenciar, por exemplo, os desafios da Alemanha da década de 80, conforme ressalta Ulrich Beck, quando fala que a nova problemática a ser focada é o risco que todos correm, em contraposição com a situação de países em desenvolvimento, como o Brasil, os quais não garantiram em condições equitativas condições materiais de vida para todos, apesar da adesão ao ‘modelo’ Social de Estado. Então,

agentes e efetiva concorrência, sendo afastadas as situações de lamentáveis cooptações, obtidas por meio de um patrimonialismo ainda não extirpado das práticas que capturam os debates realizados no espaço público.

Conclusões

A concertação social é o ingrediente necessário para que a governança pública seja permeada pelo princípio democrático. No Brasil, além da enunciação de um Estado Democrático de Direito, pautado na soberania popular, em que há democracia participativa, existem inúmeros mecanismos que estimulam a concertação.

São mecanismos que objetivam incluir o consenso na atuação administrativa, o que acrescenta legitimidade à Administração Pública, que foram expostos no artigo: a audiência pública, a consulta popular, o procedimento de manifestação de interesse e o mais recente procedimento de manifestação de interesse social, previsto na Lei de Parcerias.

Nota-se, contudo, que, não obstante, do ponto de vista deontológico, ser salutar o estímulo à concertação, via mecanismos de interlocução dos distintos segmentos sociais na discussão dos assuntos coletivos, nem sempre existem condições para que a concertação seja realizada de forma equitativa.

provavelmente países em desenvolvimento enfrentem as duas questões: pois, ao mesmo tempo em que não criaram um sistema de proteção social efetivo, sendo as oportunidades sociais mal distribuídas, ainda se deparam com os desafios dos riscos invisíveis e que os ameaçam com grande potencialidade de prejuízos. ULRICH BECK, *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*, São Paulo, 2010. *Passim*.



Daí a necessidade de se enxergar o fenômeno da captura da concertação pelo poder econômico, que detém informações e maiores condições de influenciar no conteúdo das decisões públicas.

Conforme exposto, há tanto a possibilidade de captura dos projetos de infraestrutura por uma sintonia fina entre setor econômico e os agentes políticos, em detrimento da colaboração mais efetiva da sociedade civil, como também da captura política do terceiro setor pelas brechas da Lei de Parcerias, sobretudo após as alterações implementadas pela Lei n.º 13.204/2015.

Em síntese, na dissolução hodierna das fronteiras entre público e privado, com a intensificação do desmonte dos aparatos estatais, diante dos movimentos de retração dos Estados de Bem-Estar Social, há a necessidade de se resgatar a importância da governança, sendo tal reforço obtido quer seja pela intensificação da cidadania, pelo empoderamento das instituições que se voltam a proteger grupos vulneráveis, a exemplo, no Brasil, da Defensoria Pública, ou mesmo pela progressiva preocupação com a informação, para que mais e mais pessoas se conscientizem das complexidades próprias da sociedade contemporânea e possam influenciar na estruturação de uma atuação parceirizada do Poder Público com a iniciativa privada ou com o terceiro setor que efetivamente promova o desenvolvimento, mitigando-se, então, o fenômeno de captura da concertação pelo poder econômico.

Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio *ne bis in idem*

CRISTIANA FORTINI
ARIANE SHERMAM

RESUMO

O presente trabalho aborda as dificuldades conceituais que cercam o tema da corrupção, bem como as causas do fenômeno, com o fim de compreender o cenário em que se inserem as leis anticorrupção, em seu conjunto, e de torná-las mais efetivas. Parte-se do estudo dos pontos de aproximação entre a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção, ambos diplomas legais inseridos no contexto maior de controle da corrupção no país, bem como das possíveis incongruências entre as respectivas disciplinas. Enquanto a Lei de Improbidade visa coibir agentes públicos que praticam condutas definidas como ímprobas, a Lei Anticorrupção se volta à responsabilização objetiva, administrativa e cível,

1 Advogada, Visiting Scholar na George Washington University (Bolsa Capes), Doutora em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Professora de Direito Administrativo da UFMG e Faculdades Milton Campos, Presidente da Comissão de Direito Administrativo da OAB/MG e Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

2 Mestre em Direito Administrativo pela UFMG, Assessora contratada de Conselheiro no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG)



das pessoas jurídicas que praticam as condutas nela proibidas. Em ambas as leis, entretanto, se admite a coautoria ou participação de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, na realização das infrações tipificadas. Entende-se, portanto, que o cauteloso exame dos regimes de ambas as leis no que tange aos sujeitos ativos, condutas vedadas e sanções cominadas é necessário para afastar a possibilidade de dupla responsabilização. Quer-se evitar, assim, o *bis in idem* na aplicação das leis em comento. A pesquisa teórica, de cunho jurídico-dogmático, utilizou-se principalmente de dados diretos, primários e secundários, visando contribuir para a interpretação e aplicação mais adequada à finalidade de interesse coletivo que é o controle da corrupção.

Palavras-chave: Controle da Corrupção; Lei de Improbidade; Lei Anticorrupção; Sujeitos ativos; Sanções.

ABSTRACT

The present paper addresses the conceptual difficulties surrounding the topic of corruption, as well as the causes of the phenomenon, aiming to understand the context in which the anticorruption laws, as a whole, are inserted and to make them more effective. It begins with critical analysis of the points of approximation between the Law of Administrative Improbability and the Anti-Corruption Law, both legal diplomas inserted in the greater context of corruption control in the country, as well as the possible inconsistencies between the said disciplines. While the Law of Improbability aims to curb public agents who practice conducts defined as misconduct, the Anti-Corruption Law turns to the administrative and civil objective responsibility of the legal entities that practice the conducts it prohibits. In both laws, however, co-authoring or participation of third

parties, individuals or corporations, is allowed in the execution of the typified infractions. It is understood, therefore, that the cautious examination of the regimes of both laws with respect to the active subjects, prohibited conducts and penalties is needed to avoid the possibility of double responsibility. The goal is to avoid the bis in idem in the application of the laws in question. The theoretical research, of legal-dogmatic nature, resorted mainly of direct, primary and secondary data, aiming to contribute to the most appropriate interpretation and application of the collective interest purpose that is the control of the corruption.

Keywords: *Control of Corruption; Law of Improbability; Anti-Corruption Law; Active subjects; Sanctions.*

Sumário:

Introdução; **1.** Leis de controle da corrupção e a necessidade de sua aplicação sistemática; **2.** Uma análise dos sujeitos ativos das Leis de Improbidade e da Lei Anticorrupção; **3.** Breves considerações sobre o princípio do *Ne Bis in idem*; **4.** Em busca de uma solução

1. Introdução

O fenômeno da corrupção atrai cada vez mais a atenção de estudiosos das mais diversas ciências preocupados em indicar suas origens, encontrar ferramentas capazes de identificar sua ocorrência, punir os envolvidos e, com alguma dose de utopia, debelá-la.



Não se trata de ambição jurídica apenas, inclusive porque a contribuição que o Direito é capaz de fornecer é limitada. Leis são impotentes para redesenhar a índole ou apagar tradições. O mero recrudescimento estatal, com a intensificação de sanções, não bastará.

Ainda que possa tornar menos atraente a prática corrupta, introduzindo o elemento custo, como, por exemplo, estabelece indiretamente a Lei n. 12.846/13, Lei Anticorrupção, ao fixar pena de multa às entidades infratoras, e ainda que instrumentos como o da colaboração premiada possam auxiliar as investigações e desestabilizar associações criminosas, a corrupção persistirá enquanto voltarmos às costas ao perfil de sociedade onde ela se solidifica.

Não por outra razão os estudos de historiadores, cientistas políticos e sociólogos- além de juristas- adicionam explicações e avaliações que devem ser consideradas quando do tratamento do tema.

Citamos como exemplo o trabalho de Luís Roberto Barroso, que recupera traços do processo da colonização brasileira em que se realçam o patrimonialismo, o oficialismo e a desigualdade, tudo a contribuir para a edificação do “jeitinho brasileiro”, a antagonizar com a observância da ordem jurídica.³

Fernando Filgueiras e Leonardo Avritzer, por sua vez, destacam o caráter eminentemente político da corrupção, que supera em muito suas implicações econômicas, haja vista sua capacidade de influenciar a le-

3 BARROSO, Luís Roberto. **Ética e jeito brasileiro**: por que a gente é assim? Palestra proferida na Brazil Conference. Harvard University, 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-10/leia-integra-palestra-barroso-jeitinho-brasileiro>>. Acesso em: 08 de set. 2017.

gitimidade dos governos, sua capacidade de governar e até mesmo a percepção da população sobre o país.⁴

Em face desse cenário, é preciso reconhecer que a corrupção, por sua intrínseca complexidade e caráter multifacetado, não pode ser analisada apenas por um ou outro viés. A perspectiva econômica, por exemplo, em voga na atualidade, ao destacar os altíssimos custos financeiros da corrupção e focar as condutas individuais de agentes na busca pela rentabilidade a qualquer custo, deve ser aliada a outras visões do fenômeno. Só assim será possível combatê-lo com o máximo de efetividade.

Podemos dizer, ainda no que toca ao enfoque econômico, que realça comportamentos individuais, que há uma verdadeira personalização da corrupção. Essa se manifesta na associação do fenômeno à atuação de específicos governantes e, de modo geral, a determinados agentes públicos, o que tem sido usual na realidade brasileira.⁵

Tal associação contribuiria para o tratamento preferencial da corrupção no âmbito da responsabilização penal, como se corrupção se resumisse quase que inteiramente aos crimes contra a Administração Pública. Esse destaque é feito, em tom crítico, por Lucas Rocha Furtado.⁶ De fato, a redução do fenômeno da corrupção a uma ou poucas manifestações repercute nas ferramentas e instrumentos selecionados para combatê-la: uma

4 AVRITZER, Leonardo. FILGUEIRAS, Fernando. Corrupção e controles democráticos no Brasil. In: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Estado, instituições e democracia: república**. Brasília: IPEA, 2010. p. 499.

5 CARVALHO, José Murilo de. **Passado, presente e futuro da corrupção brasileira**. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Orgs.). Corrupção: Ensaio e Crítica. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2008.

6 FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil**: estudos de caso e lições para o futuro. 1ª ed. 1ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 27.



abordagem enviesada acaba por refletir nos meios e modos de tratamento do problema; quanto mais pontuais eles forem, pior para a coletividade.

Nesse sentido, discutir o que a sociedade brasileira e o Estado consideram como corrupção é relevante.

No Brasil, a ordem jurídica associa a corrupção ao Estado, compreendendo-se que sua existência envolve o agente público.

Mesmo nos casos em que se repudia legalmente determinado comportamento que não envolve diretamente o Estado, detecta-se, indiretamente, a sua presença.

Vejamos, por exemplo, os casos descritos no art. 5º da Lei n 12.846/13, alíneas **c** e **e**. Ali são relatados comportamentos privados que, a despeito de não demandarem a participação de agente público, afetam a esfera estatal, vítima do mal feito particular. Logo, 1) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo ou 2) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo são ações empreendidas por particulares. Não há agente público necessariamente envolvido e ainda assim a lei considera o ato corrupto. Mas ainda assim são ações que afetam a seara estatal.

Nosso ordenamento jurídico, ainda que se considere a maior abrangência do conceito de corrupção para fins da responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas atingidas pela Lei n 12.846/13, em muito superior ao conceito de corrupção ativa de que cuida o art. 333 do Código Penal,⁷ não rechaça várias posturas antiéticas.

⁷ Corrupção ativa: Art. 333- Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão

Trata-se de uma opção cujas consequências nos parecem graves.

Isso porque a maior tolerância estatal perpetua um ambiente em que a falta de ética não ocasiona sanção. E a “reserva de espaço” no qual se aceitam certos comportamentos dificulta imensamente o combate à corrupção no ambiente em que ela é legalmente refutada. Queremos com isso reiterar que a luta contra a corrupção há de ser combatida em frentes diversas e não apenas quando se alguma forma a esfera estatal se faz atingida.

Em verdade, mais do que a ausência de rótulos negativos, condutas eticamente reprováveis levadas a efeito por particulares, sem qualquer contato com o mundo estatal, são por vezes silenciosamente aplaudidas. Oferecer presentes valiosos a professores de escolas privadas infantis e presentear líderes de setores de compras de grandes empresas são exemplos de situações cotidianas que espelham as nossas contradições. A despeito de questionáveis, as condutas mencionadas, no máximo, podem atingir regras internas da escola ou da empresa, mas não necessariamente traduzem ilícito nos termos da ordem jurídica brasileira.

Assim, apesar da efervescência legislativa e normativa brasileira sobre o tema da corrupção, sua abordagem ainda se restringe ao espaço estatal, de forma direta ou indireta.

O cenário narrado – qual seja: o do caráter multifacetado e complexo da corrupção e, ao mesmo tempo, o da associação do fenômeno à esfera estatal – contribui para que alguns estudiosos se recusem a formular

são, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único- A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.



um conceito para a corrupção e passem a identificar sua ocorrência com base na presença de alguns marcadores.

É o que faz Lucas Rocha Furtado, ao delinear como características dos atos de corrupção: 1) o abuso de posição, em outros termos, a transgressão de regras funcionais; 2) a violação de dever previsto em sistema normativo; 3) a expectativa de obtenção de benefício “extraposicional”, ou seja, a probabilidade de recebimento de vantagem indevida, que pode ter natureza pecuniária ou não; 4) o sigilo, pois a corrupção ocorre na penumbra, longe dos “holofotes” da transparência.⁸

O exame desses marcadores reforça a já citada e comum associação da corrupção ao Estado e a seus agentes e deixa de fora condutas ilícitas que não ocorrem na esfera pública, ainda que possam ser categorizadas como corruptas, em sentido mais amplo.

Daí que outras propostas de conceito e delineamento de características são feitas. Leonardo Avritzer e Fernando Filgueiras afirmam que “O critério para definir se uma ação é corrupta ou não é [...] o da sua ilegitimidade frente aos valores e às normas expressos em determinada concepção de interesse público”.⁹ A vantagem do critério exposto, notadamente mais amplo, é a de permitir a comparação de condutas face a determinada ordem normativa, de modo a evitar a frequente generalização e tratamento inadequadamente uniforme que a associação da corrupção ao Estado e aos agentes públicos propicia.

⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil**: estudos de caso e lições para o futuro. 1ª ed. 1ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 41-42.

⁹ AVRITZER, Leonardo. FILGUEIRAS, Fernando. Corrupção e controles democráticos no Brasil. In: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Estado, instituições e democracia**: república. Brasília: IPEA, 2010. p. 504.

Para além do problema conceitual, é necessário tratar, também, das causas da corrupção, principalmente em uma conjuntura como a brasileira, que aparenta ser irremediavelmente permissiva a esse tipo de conduta.

Há na realidade política, econômica e social brasileira uma questão primordial que alimenta a corrupção. Trata-se da patente desigualdade. É esse o fator que potencializa a corrupção e, ao mesmo tempo, cria um aparente paradoxo, em que os cidadãos reconhecem sempre aos outros, em especial, à classe política, como corruptos, mas quase nunca a si mesmos como transgressores.¹⁰

Célia Regina Jardim Pinto entende, nesse contexto, que a modernidade brasileira, na qual a corrupção cumpre um papel estruturante, abarca dois princípios “perversos”: 1) ninguém se sente constrangido a cumprir as leis; 2) todos se sentem desiguais.¹¹

Na sociedade brasileira, profundamente marcada por desigualdades históricas, a hierarquia permeia todos os níveis sociais e se revela não só nas relações entre Estado e particulares, como também nas relações dos particulares entre si. Essa seria a situação ideal para o enraizamento da corrupção, por propiciar um ambiente de não adesão às normas, em que todos parecem ter razões superiores para não as cumprir e não se sentem iguais uns aos outros.¹²

10 FRAGA, Erica. Estudos revelam como a corrupção prospera e funciona. **Folha de São Paulo**, 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/05/1773117-estudos-revelam-como-a-corrupcao-prospera-e-funciona.shtml>>. Acesso em: 20 de jul. 2016.

11 PINTO, Célia Regina Jardim. **A banalidade da corrupção**: uma forma de governar o Brasil. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2011. p. 32.

12 As discussões levantadas por Célia Regina Jardim Pinto acerca da desigualdade histórica brasileira e sua influência sobre a corrupção remetem às considerações de Daron Acemoglu e James Robinson sobre a riqueza de algumas nações e a pobreza de outras,



Nesse cenário, Célia Regina Jardim Pinto faz um alerta que parece muito salutar diante da efusão legislativa que acomete o país e que, dada a sua importância, merece ser transcrito: “[...] não quer dizer que a corrupção faz parte da natureza da modernidade brasileira ou que ela é essencial na democracia no país, mas sim que é um elemento muito bem articulado, que necessita mais do que indignação sincera ou mediática para ser superada”.¹³

Não se pode, portanto, ceder à aparente facilidade das explicações culturais e históricas que naturalizam a corrupção, relegando a uma hipotética, profunda e longínqua modificação social o papel de indutora da transformação do quadro de corrupção sistêmica. Ao mesmo tempo, não se pode concordar que alterações legislativas sejam capazes de, por si só, promover as mudanças necessárias à qualificação da burocracia e à diminuição da corrupção, mormente em sua faceta pública.

Temos que reconhecer, de outro turno, que as modificações legislativas, acompanhadas da inserção de novas práticas e instrumentos de controle da Administração brasileira, em especial a partir da primeira década do século XXI, alinham-se a uma maior intolerância da população com a corrupção. Visualizamos, portanto, uma evolução social, que, porém, não pode se esgotar na mera indignação. O acompanhamento da cobertura midiática dos casos de corrupção, em especial daqueles de

onde o fator diferencial seriam as instituições: nos países pobres, ao contrário dos mais ricos, se destacam as instituições excludentes, que, instrumentalizadas por um elite política, reproduzem círculos viciosos, com vistas à perpetuação do poder e em detrimento da população. A propósito, ver ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Por que as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

¹³ PINTO, Célia Regina Jardim. **A banalidade da corrupção**: uma forma de governar o Brasil. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2011. p. 36.

grande vulto, revela a atenção com que a sociedade se volta ao tema e ao mesmo tempo realimenta a intolerância com os desvios.

Também não se pode desconsiderar que, a despeito da necessária luta contra a corrupção, a demandar um esforço contínuo e uma incessante discussão sobre as opções políticas a esse respeito, a provocar pesquisas sobre suas origens e seus contornos, há uma guerra a ser travada dentro da ordem jurídica.

Condutas estatais divorciadas da ordem jurídica, ainda que ambicionadas a travar ou punir atos corruptos, são também nocivas.

Vale dizer, igualmente maléfica atuação estatal que, entusiasmada pelo apelo social, desloque-se da ordem jurídica.

Em matéria de aplicação de sanções há que se considerar que sua legalidade se atrela não apenas à presença de respaldo em dado texto legal, mas a uma harmonia superior em que inexistam violações a princípios.

Daí ser necessário abordar o princípio do *ne bis in idem* e sua aplicação no tema da corrupção diante do que dispõem várias leis, todas irmanadas, em alguma medida, no combate à corrupção.

Em face de todo esse contexto e no que toca ao objeto deste artigo, que é o de tratar da Lei de Improbidade Administrativa, Lei n. 8.429/92, em comparação com a Lei Anticorrupção, Lei n. 12.846/13, observamos que ambos os diplomas normativos estabelecem sanções aplicáveis diante da revelação de comportamentos considerados nocivos. As duas leis são respostas legislativas a períodos de aumento da intolerância social com a corrupção, sobretudo a Lei Anticorrupção, e, em tese, reforçam uma à outra. Trata-se de diplomas normativos que subsidiam e, ao mes-



mo tempo, são alimentados pelo ideário de que a corrupção se restringe à esfera estatal (ou, pelo menos, predomina nesse âmbito).

Feitas essas considerações iniciais, passamos ao exame específico das leis em comento, de modo a verificar seus pontos de aproximação e de possíveis incongruências, visando à efetiva concretização de seus comandos, bem como a evitar que sua aplicação resulte, na situação concreta, em *bis in idem*.

2. Leis de controle da corrupção e a necessidade de sua aplicação sistemática.

Reafirmamos que o tema da corrupção adentrou irremediavelmente a agenda pública, em especial após a adesão do Estado brasileiro ao movimento internacional de controle da corrupção, que vem produzindo como resultado, principalmente a partir dos anos 2000, diversos diplomas legais cuja finalidade é prevenir ou combater o fenômeno, de modo mais ou menos direto.

Portanto, em atenção aos compromissos firmados com organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Brasil tem editado leis que buscam combater, tanto na esfera administrativa como na penal, a corrupção – que, como já ressaltamos, pode ser entendida, entre outras acepções, como o uso de posições públicas para a obtenção de vantagens privadas.¹⁴

¹⁴ Sobre o papel das convenções editadas por organismos internacionais como ONU e OCDE na concepção de diplomas legais brasileiros, como a Lei Anticorrupção e a Lei das Empresas Estatais (Lei n. 13.303/2016), que ressaltam o papel da governança no combate à corrupção, recomendamos a leitura de artigo de nossa lavra: FORTINI, Cristiana;

No campo do direito administrativo, citamos diplomas relativamente recentes como a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.257/11) e a Lei de Conflito de Interesses (Lei 12.813/13), que, ao promoverem a transparência e a moralidade administrativa, visam coibir desvios potencialmente caracterizadores de atos de corrupção, antes mesmo de sua materialização.

Talvez o caso mais emblemático de legislação editada com a finalidade de controle da corrupção seja a Lei 12.846/13, também chamada de Lei de Responsabilização Objetiva de Pessoas Jurídicas ou simplesmente Lei Anticorrupção. Nessa Lei, o foco se volta para as pessoas jurídicas corruptoras, entidades que pratiquem as condutas definidas em lei como infrações. A suposta novidade reside na natureza objetiva da responsabilidade das infratoras nas esferas administrativa e cível, a qual prescinde da demonstração de culpa.

Diz-se “suposta novidade”, pois a Lei que estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência, Lei n. 12.529/11, já previa, antes da entrada em vigor do diploma anticorrupção, a responsabilidade objetiva administrativa. Ou seja: apesar de ser tratada como uma inovação no campo do direito administrativo, a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas delineada na Lei 12.846/13 sucede legislação que já disciplinava o tema na Administração Pública.

Lado outro, deve ser recordada a existência de hipóteses de sancionamento do comportamento de entidades antes da Lei anticorrupção. A Lei n. 8.666/93 (Lei Geral de Licitação e Contratos Administrativos) e a Lei 10.520/02 (Lei do Pregão), por exemplo, preveem a repulsa administrativa a atuações eticamente reprováveis, aplicando-se reprimendas

SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.



relevantes como a declaração de inidoneidade e a suspensão do direito de contratar com a Administração. Quer-se com isso dizer que alguns dos comportamentos repudiados pela Lei 12.846/13 já poderiam, antes de sua edição, justificar a punição da entidade na esfera administrativa. Basta pensar que a entidade poderia ser declarada inidônea, por exemplo, somando-se a essa sanção outra de natureza pecuniária- multa- com fulcro no art. 87, II e IV, da Lei 8.666/93, diante de situações que se identificam com algumas das narradas no art. 5º da lei 12.846/13.

Assim, como a própria Lei Anticorrupção prevê, uma mesma conduta poderia provocar repulsa sob a disciplina das mencionadas leis de contratações públicas, e, claro, diante da Lei 12.846/13. São vários os âmbitos de responsabilização, portanto.

Costuma-se ignorar, portanto, que o controle da corrupção já figurava como tônica reinante em leis editadas antes mesmo da recente mobilização em torno da integridade da (e na) Administração Pública.

É o caso da Lei de Improbidade Administrativa, Lei n. 8.429/92, que visa coibir, entre outras condutas desviantes, o enriquecimento ilícito de agentes públicos, uma vez realizadas as condutas descritas em seu bojo.

Nesse ponto é necessário destacar que a profusão legislativa pode comprometer a sistematicidade e a coerência que se entendem características da ordem jurídica. Obviamente, tal problemática repercute não só sobre o tema do combate à corrupção, como também sobre os mais diversos campos e modos de atuação do Estado, podendo reduzir sua eficácia e efetividade.

A esse respeito, retomamos as palavras de Jacques Chevallier, que credita ao advento do chamado “Estado Providência” o surgimento de um novo direito: o “direito intervencionista”, concebido como instru-

mento de ação do Estado e meio de realização de políticas públicas.¹⁵ Nessa nova configuração, o direito não mais se limitaria a codificar comportamentos, mas a alcançar determinados objetivos e a produzir determinados efeitos econômicos e sociais, finalidades típicas de um Estado regulador e interventor.

Como consequência dessa nova postura estatal, a atividade normativa foi, de certa forma, comprometida, na medida em que

Assim instrumentalizado, o direito perde os atributos de sistematicidade, generalidade e estabilidade, que o posicionavam totalmente na ordem da ‘racionalidade’. [...] enquanto os textos proliferam de maneira anárquica, cobrindo domínios cada vez mais distendidos da vida social, as normas se tornam parceladas e instáveis.¹⁶

A profusão de diplomas anticorrupção no Brasil se insere no contexto narrado. Embora nem todas as leis editadas possuam como objetivo específico e declarado o combate à corrupção na esfera pública brasileira, seus dispositivos, que se espriam pelos mais diversos ramos jurídicos, como direito penal, direito econômico e da concorrência e direito administrativo, acabam por demandar um árduo trabalho de interpretação e sistematização por parte dos aplicadores.¹⁷

15 CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 82.

16 Idem.

17 A título de ilustração do que Jacques Chevallier denomina “inflação normativa”, que compromete, entre outros aspectos, a eficácia e a efetividade do direito, pesquisa realizada no Brasil revela que, desde a edição da Constituição da República de 1988, foram editadas mais de 5, 4 milhões de normas, o que corresponde a 769 normas por dia útil, provenientes de todas as esferas político-administrativas. Ver, a respeito: CONJUR. **Brasil editou 5,4 milhões de normas desde a Constituição de 1988, diz estudo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-30/brasil-editou-54-milhoes-normas-1988-estudo>>. Acesso em: 24 de set. 2017.



Portanto, o estudo comparado da Lei Anticorrupção e da Lei de Improbidade Administrativa lança luzes sobre aspectos importantes, que, talvez paradoxalmente, também sejam as razões para possíveis incongruências na interpretação e aplicação das disposições desses diplomas, haja vista a ausência de sistematicidade no tratamento legislativo do combate à corrupção.

Entre os diversos aspectos que poderiam ser abordados quando do estudo comparativo dessas leis, um em especial se sobressai: em tese, poderia uma pessoa jurídica ser enquadrada e devidamente penalizada por infringir, ao mesmo tempo, as disposições da Lei Anticorrupção e da Lei de Improbidade Administrativa?

Apesar de parecer retórica, tendo em vista o disposto no art. 30, inciso I, da Lei Anticorrupção,¹⁸ a pergunta formulada remonta a disposições de ambas as Leis – Lei 12.846/13, arts. 1º e 3º e Lei n. 8.429/92, arts. 2º e 3º, entre outros- que abrem margem para possíveis conflitos na aplicação de seus ditames.

Nesse sentido, realizamos pesquisa teórica, na vertente jurídico-dogmática, com acesso a dados diretos, primários e secundários, com o fim de buscar formular uma resposta para o questionamento acima levantado. Como hipótese, afirmamos que não há, a princípio, a possibilidade de dupla responsabilização, considerando as respectivas finalidades e sujeitos ativos preferenciais das Leis Anticorrupção e de Improbidade Administrativa.

18 Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I- ato de improbidade administrativa nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992; [...].

3. Uma análise dos sujeitos ativos das Leis de Improbidade e da Lei Anticorrupção

Em atenção ao princípio da moralidade administrativa, previsto no *caput* do art. 37 da Constituição da República de 1988 como um dos princípios regentes da Administração Pública brasileira, a Lei n. 8.429/92 visa resguardar uma forma qualificada de moralidade, qual seja, a probidade. A promulgação da Lei de Improbidade decorre do disposto no art. 37, §4º, da Constituição, onde se lê: “Art. 37 [...] § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

A Lei n. 8.429/92 foi editada em período de turbulência política no Brasil. Seus primeiros meses de vigência coincidiram com o transcorrer dos fatos que resultaram na instauração do processo de *impeachment* e posterior renúncia do então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, justamente por fatos categorizados como corruptos. O contexto de instabilidade política e social pode ser comparado ao da edição da Lei Anticorrupção, esta fortemente marcada pelos protestos populares de junho de 2013, que, embora tenham coberto uma variedade de temas e demandas, foram associados às reivindicações de transparência e moralidade na Administração Pública.

Assim, para cumprir sua finalidade, a Lei de Improbidade rechaça uma série de condutas agrupadas em três categorias, correspondentes aos seus arts. 9º, 10, 10-A e 11: atos que importam enriquecimento ilícito, atos que causam dano ao erário e atos que atentam contra os princípios da administração pública.



Segundo o art. 1º da Lei de Improbidade são sujeitos ativos das infrações descritas em seu bojo os agentes públicos, servidores ou não,¹⁹ que atentem contra a Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como contra entes que recebiam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público ou para cuja criação e custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

Para os fins deste trabalho, previsão importante é a do art. 3º da Lei 8.429/92, que estende as disposições da Lei de Improbidade àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra à prática do ato de improbidade ou dele se beneficie de forma direta ou indireta.

É reconhecido pela doutrina que o terceiro de que trata o citado art. 3º pode ser uma pessoa jurídica. Em outras palavras, em sede da Lei de Improbidade, o terceiro infrator não atua sozinho, mas sempre “acompanhado” por um agente público, haja vista o núcleo conceitual dos verbos “induzir”, “concorrer” e “beneficiar-se”.

A Lei n. 12.846/13 (Lei Anticorrupção), por sua vez, estabelece a responsabilidade objetiva administrativa e cível de pessoas jurídicas²⁰ que pratiquem as condutas previstas nos incisos do seu art. 5º, contra a Administração Pública nacional ou estrangeira.

19 Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele 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 nas entidades mencionadas no artigo anterior.

20 O alcance subjetivo da Lei é foco de discórdia. Há os que vislumbram maiores teias diante do *caput* do art. 1º e há os que compreendem que a lista de entidades destinatárias da lei é taxativa, decorrente do parágrafo único do mesmo artigo.

A leitura conjunta das condutas tipificadas como infrações na Lei Anticorrupção e na Lei de Improbidade desperta dúvidas sobre a possibilidade de se somarem as sanções, haja vista a real possibilidade de uma mesma conduta ser rechaçada em ambas as leis.

Nos termos do art. 5º da Lei Anticorrupção, são atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas de que trata a legislação, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra os princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, desde que se encaixem nos incisos do mesmo dispositivo.²¹

Desde já o núcleo conceitual do *caput* do art. 5º revela uma aproximação com as infrações tipificadas na Lei de Improbidade Administrativa, já que os arts. 9º, 10, 10-A e 11 desta Lei tipificam atos que importam enriquecimento ilícito (auferir vantagem patrimonial indevida em razão de exercício de cargo, emprego, mandato ou função), causam lesão ao erário (perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres) ou atentam contra princípios da administração pública, violando deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade para com a Administração Pública.

Mas a leitura dos “tipos” torna a aproximação ainda mais cristalina.

Vejamos, por exemplo, a conduta tipificada no inciso VIII do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, segundo o qual constitui ato de improbidade administrativa que causa dano ao erário: “frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevida-

21 A lista há de ser entendida como taxativa sob pena de propiciar-se enorme insegurança jurídica. Além disso a própria redação do dispositivo conduz à essa conclusão.



mente”. Como já se viu, o sujeito ativo de tal conduta é necessariamente um agente público, que, por outro lado, pode ter sido induzido por um terceiro ou atuado em conjunto com ele, pessoa jurídica inclusive. Esta pessoa também responderá às sanções legais.

A conduta transcrita no parágrafo anterior remete à aquela prevista na alínea d do inciso IV do art. 5º da Lei Anticorrupção, qual seja, “fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente”.²² Nessa lei, o sujeito ativo será a pessoa jurídica, o que não impede, por outro lado, que as pessoas físicas envolvidas na infração também sejam penalizadas.²³ Esse não é o foco da lei, contudo.

Suponhamos que uma pessoa jurídica atue em conluio com um agente público visando manipular o resultado de um processo licitatório. Qual regime legal incidirá, o da Lei de Improbidade Administrativa ou o da Lei Anticorrupção, haja vista que a conduta realizada é tipificada em ambas as leis?

A busca por uma resposta deve levar em consideração a natureza dos sujeitos ativos visados por cada lei, bem como o tipo de responsabilização incidente. Nesse ponto, a Lei de Improbidade Administrativa se assenta sobre a responsabilidade subjetiva, ou seja, demanda a demonstração de culpa, em sentido amplo, para que a penalização tenha lugar.

22 A conduta tipificada na alínea d do inciso IV do art. 5º, por sinal, parece abarcar, por mais genérica, outras infrações previstas no mesmo inciso, quais sejam: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo.

23 Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

Por outro lado, a Lei Anticorrupção estabelece a responsabilidade objetiva, que é mais gravosa, uma vez que prescinde da culpa e exige apenas a demonstração do nexa causal.

Além do tipo de responsabilidade cominada em cada lei é importante visualizar, também, as sanções definidas em cada um dos diplomas, em especial, aquelas de natureza judicial.

O art. 12 da Lei de Improbidade estipula como sanções para as diferentes condutas rechaçadas, entre outras, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano, a multa civil e a proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Essas sanções são muito semelhantes àquelas cominadas no art. 19 da Lei Anticorrupção, atinente ao processo judicial de responsabilização, em especial, a de perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público. Em princípio, portanto, o risco do *bis in idem* existe.

Também não se pode esquecer que o art. 20 da Lei 12.846/13 estabelece a possibilidade de, na ação judicial, se solicitar a aplicação das sanções do art. 6º, vocacionadas ao processo administrativo de responsabilização, se tiver havido omissão das autoridades públicas competentes para o citado PAR. Ou seja, há de se considerar, ainda, a possibilidade de se multar a entidade e se determinar a publicação de notícia sobre seu mal feito, como o art. 6º estabelece.



4. Breves considerações sobre o princípio do *Ne Bis in idem*

A Convenção Americana de Direitos Humanos- Pacto de São José da Costa Rica- foi ratificada pelo Brasil em 1992. Segundo ali disposto, assegura-se que “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Interpretação literal conduz ao limitado alcance da norma, protegendo apenas parcialmente, seja por mencionar o absolvido e não o condenado, seja por prever a não submissão a novo processo e não à nova sanção, seja por mencionar o trânsito em julgado (MAIA, 2005, p. 27).

Analisado sob a ótica da Constituição de 1988, o princípio há de ser considerado como reflexo do Estado Democrático de Direito e da centralidade da pessoa humana. A ausência de contornos para a atividade sancionatória do Estado situaria o cidadão como refém do poder estatal, geraria profunda instabilidade que antagonizaria com a ideia de segurança jurídica, baluarte de um Estado de Direito.

O princípio da proporcionalidade, a constranger os agentes públicos a adotarem condutas ajustadas ao interesse público, vedados os excessos (assim como as omissões), também se entrelaça com o princípio do *ne bis in idem*.

Logo, seja sob a vertente formal, a inibir a instauração de novo processo diante do mesmo fato, seja sob o ângulo material, a afastar a punição dupla, na mesma esfera, diante do mesmo fato, é possível afirmar a validade do citado princípio no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal coleciona inúmeros julgados sobre o tema, tendo editado a Súmula n. 19/STF, segundo a qual: “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”.

No mesmo sentido, há entendimento do Superior Tribunal de Justiça em caso no qual se nega a possibilidade da dupla punição a servidor público na esfera administrativa, conforme ementa a seguir, a qual, por ilustrativa da relevância que o princípio do *ne bis in idem* assume na ordem jurídica brasileira, merece ser transcrita em sua integralidade:

ADMINISTRATIVO PROCESSO DISCIPLINAR. INOCÊNCIA PROCLAMADA. CONDENAÇÃO EM PROCESSO PENAL. NOVO PAD. FATOS QUE EMBASARAM A CONDENAÇÃO COMPREENDIDOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTERIOR. BIS IN IDEM. SEGURANÇA CONCEDIDA. HISTÓRICO DA DEMANDA

1. O impetrante respondeu a Processo Administrativo-Disciplinar instaurado em 2002, em que foi absolvido por decisão prolatada no mesmo ano. Posteriormente, veio a ser condenado em processo criminal que teve curso na 3ª Vara Federal de Porto Velho/RO, com início também em 2002, mas cuja sentença foi proferida em 2008. Em decorrência da condenação penal, cuja sentença transitou em julgado, em 2010 a Administração instaurou novo PAD, em que o servidor foi demitido.

2. O ex-servidor sustenta que não poderia ser condenado pelos mesmos fatos pelos quais já havia sido absolvido no PAD de 2002 e prescrição. A Administração, por sua vez, alega que não há bis in idem, pois o objeto do novo PAD não são as irregularidades apuradas no processo anterior, mas a condenação penal transitada em julgado que lhe foi imputada, além de que o fato apurado no processo criminal seria diverso daquele apurado no primeiro processo disciplinar. Quanto à prescrição, a Administração sustenta que seu termo inicial seria a data em que ela teve conhecimento da condenação penal transitada em julgado. O QUE SE PUNE NÃO É O FATO DO SERVIDOR SER CONDENA-



DO CRIMINALMENTE, MAS AS CONDUTAS QUE LEVARAM A ESSA CONDENAÇÃO 3. O art. 132, I, da Lei 8.112/90 não determina que ser condenado por crime contra a Administração Pública é uma irregularidade administrativa, mas que as infrações praticadas contra a Administração que também constituam crime devem ser necessariamente punidas com a pena de demissão.

4. Entendimento em contrário levaria a que, por ter praticado uma determinada conduta, o servidor poderia receber uma penalidade administrativa e, após ser condenado penalmente, receber uma segunda punição administrativa.

VEDAÇÃO ABSTRATA À EXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM 5. O STJ entende que, julgado um Processo Administrativo Disciplinar instaurado contra servidor público federal, a revisão da conclusão só poderá acontecer em duas hipóteses: a) existência de vício insanável no PAD, que o torne nulo; e b) surgimento de fatos novos que justifiquem o abrandamento da penalidade ou a declaração da inocência do servidor.

6. O art. 174 da Lei 8.112/90 só prevê a revisão do PAD “quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada” e o parágrafo único do art. 182 é explícito em que “da revisão do processo não poderá resultar agravamento de penalidade”.

7. nesse sentido: MS 17.370/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, Dje 10/09/2013; MS 10.950/DF, Rel. Ministro O Fernandes, Terceira Seção, Dje 01/06/2012.

ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM NO CASO CONCRETO 8. Procede a alegação de bis in idem, pois as infrações pelas quais o servidor foi condenado criminalmente e que seriam a base da demissão aplicada no PAD instaurado em 2010 estavam compreendidas no

objeto do PAD anterior, de 2002, em que o impetrante havia sido absolvido. 9. A própria Controladoria-Geral da União reconheceu a identidade de fatos, afirmando que “a leitura da sentença condenatória permitiu verificar que os acusados foram condenados pelos mesmos fatos apurados por meio do PAD nº 172/AER/CAC/2002”.

PRESCRIÇÃO 10. Ainda que não houvesse o bis in idem, teria ocorrido a prescrição. Sendo a infração administrativa capitulada como crime, a prescrição rege-se pelas regras do Direito Penal e, no caso, seria de 8 anos, por aplicação do art. 109, IV, do Código Penal, já que a pena-base aplicada foi de 3 anos e 8 meses de reclusão. Tendo o primeiro PAD sido instaurado em 17.4.2002, nesta data ocorreu a interrupção do prazo prescricional que, todavia, voltou a correr após 140 dias (STF, RMS 23.436/DF), tendo termo final em 2010, antes da aplicação da penalidade, que só ocorreu em 2011.

CONCLUSÃO 11. Segurança concedida para anular o ato de demissão do impetrante, com pagamento da remuneração devida desde a data do ajuizamento.

(MS 17.994/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 17/04/2017)

Deve se considerar que um mesmo ato pode redundar na aplicação de sanções oriundas de esferas diversas. Assim, um servidor poderá ser sancionado na esfera administrativa e judicial.

Da mesma forma, há de se reconhecer que as leis podem prever reprimenda dupla aplicável ao mesmo fato na mesma oportunidade. É o que a Lei n. 8.666/93 estabelece em seu art. 87 ao prever que a multa, inciso II, pode ser aplicada em conjunto com as demais sanções distri-



buídas nos demais incisos. A Lei Anticorrupção e a Lei de Improbidade igualmente possibilitam a conjugação de sanções.

Diferente a situação quando a mesma esfera - administrativa ou judicial - pretende exercer duplo juízo, proveniente de autoridades distintas em momentos diversos. Assim, segundo entendemos, a aplicação de pena judicial em dado momento por ofensa à probidade, seguida de nova sanção judicial pelo mesmo fato, não pode prosperar.

Imaginar que uma empresa responda judicialmente em face de determinado comportamento inaceitável à luz do art. 5º da Lei 12.846/13 e esse mesmo comportamento venha a ser novamente, após aplicadas as punições, objeto de nova demanda agora com base na Lei 8.429/92 parece desproporcional, ainda que que a essa conclusão se chegue segundo dispõe o art. 30 da Lei Anticorrupção.

Excessos punitivos, agravados quando as sanções são de mesma natureza, como ocorre com a multa duplamente referenciada nas duas leis, não podem ser enaltecidos porque sequer prestigiam o interesse público.²⁴

Nesse ponto, considerando o *status* constitucional do princípio do *ne bis in idem*, recorreremos às lições de Márcio Luís de Oliveira, segundo o qual os direitos, garantias e deveres fundamentais refletem a evolução jurídica de um povo; justamente por isso, compõem seu sistema constitucional.²⁵ A própria concepção sobre os limites da atividade punitiva do

24 A propósito dos malefícios do excesso de punição, recomenda-se a consulta ao seguinte artigo de nossa lavra: FORTINI, Cristiana. **Excesso de punição a atos de corrupção não favorece interesse público**. Conjur, 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-10/interesse-publico-excesso-punicao-atos-corrupcao-nao-favorece-interesse-publico>>. Acesso em: 13 de set. de 2017.

25 OLIVEIRA, Márcio Luís. **A Constituição juridicamente adequada**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 431.

Estado evoluiu, vedando-se, hoje, por exemplo, a possibilidade de a pena ultrapassar a pessoa do condenado (Constituição, art. 5º, inciso XLV) e a pena capital (Constituição, art. 5º, inciso XLVII, alínea **a**). Mais do que compor formalmente os diferentes sistemas jurídicos, tais transformações, verdadeiras conquistas historicamente construídas, delineiam a própria identidade jurídica dos povos que as obtiveram.²⁶

Portanto, a pretexto de garantir a afetividade do combate à corrupção, não se pode compactuar com retrocessos no sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais. Se nem ao constituinte é facultada a possibilidade de fazer o Direito retroceder, haja vista a necessidade de respeito ao acervo jurídico já conquistado pela sociedade,²⁷ que o dirá o legislador infraconstitucional tomado por um afã punitivo.

5. Em busca de uma solução

A solução do impasse deve passar pelo entendimento da finalidade de cada uma das leis, já que, a princípio, sujeitos ativos, condutas e sanções não se diferenciam ao ponto de divisarmos regimes jurídicos com contornos tão claramente definidos.

Já dissemos que a Lei Anticorrupção e a Lei de Improbidade estão inseridas no contexto de combate à corrupção. A Lei n. 8.429/92 visa resguardar a probidade na Administração Pública, penalizando, para isso, agentes públicos e terceiros que de alguma forma, e nos termos

26 Idem. p. 433.

27 OLIVEIRA, Márcio Luís. **A Constituição juridicamente adequada**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 464.



da lei, estão envolvidos com a conduta discutível. O foco está, portanto, no agente público, que pode atuar isoladamente ou não. A presença do terceiro nesse regime é contingente. Assim, a natureza da responsabilidade da pessoa física, que é, por lei, subjetiva, impõe-se ao terceiro que concorre para as condutas rechaçadas, seja ele também pessoa física ou uma pessoa jurídica.

A Lei n. 12.846/13, por sua vez, expressamente encampa a responsabilidade objetiva, cível e administrativa. A finalidade, nesse caso, é coibir condutas desviantes de particulares em suas tratativas com a Administração Pública. A previsão da responsabilidade objetiva, mais gravosa para o infrator, está em consonância com o clamor social por punições mais duras para os atos de corrupção, bastante presente no contexto de edição da Lei.

Logo, diante das considerações até aqui tecidas, considerando uma mesma conduta rechaçada simultaneamente pela Lei de Improbidade e pela Lei Anticorrupção, devemos perquirir se o sujeito ativo da conduta é agente público e/ou pessoa jurídica. Se presente apenas o agente público, será aplicado o regime da Lei de Improbidade, existentes os demais requisitos para sua incidência. Se o sujeito ativo for pessoa jurídica, o regime aplicável será o da Lei Anticorrupção.

No caso de autoria compartilhada entre agente público e pessoa jurídica, nos moldes do que dispõe o art. 3º da Lei n. 8.429/92, diante das distintas naturezas das responsabilidades previstas na Lei de Improbidade e na Lei Anticorrupção, bem como de suas repercussões na maior ou menor gravidade do processo de responsabilização, a presença do agente público atrairá a aplicação da Lei n. 8.429/1992, cujo regime é talhado para coibir atos de improbidade praticados por pessoas físicas contra a Administração Pública. Essa pode ser uma solução que hoje nos parece possível.

Pode-se pensar, também, na possibilidade de responsabilização do agente público sob a égide da Lei de Improbidade e da pessoa jurídica coautora ou partícipe – para utilizar a terminologia do direito penal – na esfera da Lei Anticorrupção. Prevalece, nesse caso, o critério da especialidade, já que a Lei Anticorrupção é especificamente talhada para a responsabilização da pessoa jurídica.

Assim, também fica preservada a eficácia do disposto no art. 3º da Lei n. 12.846/13, segundo o qual “A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito”. As pessoas físicas de que trata o dispositivo podem ser agentes públicos ou não. Quando o forem, aplicar-se-á a Lei de Improbidade. Nessa hipótese, a natureza da responsabilidade será subjetiva e não objetiva (como prescreve a Lei Anticorrupção).

Conclusão em sentido semelhante é expressada por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, que, após explicitar o conteúdo das expressões induzir, concorrer e beneficiar-se, contidas no art. 3º da Lei de Improbidade, focam na conduta do terceiro que se beneficia direta ou indiretamente do ato ímprobo, asseverando que:

Assim, constatado que o terceiro tinha conhecimento da origem ilícita do benefício auferido – pois a admissibilidade da responsabilidade objetiva, além de não ter amparo legal, em muito comprometeria a segurança das relações jurídicas – estará ele passível de sofrer as sanções cominadas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992. (GARCIA; ALVES, 2014, p. 366-367).

Prevalece, portanto, o entendimento quanto à excepcionalidade da responsabilidade objetiva, em contraposição à responsabilidade subjetiva como regra geral.



As conclusões acima, inspiradas nos focos de cada uma das leis, também se prestam a afastar o risco de *bis in idem*, sem criar embaraços de outra ordem. Assim, poderá haver a responsabilização da pessoa jurídica e não haver da pessoa física (e, eventualmente, vice-versa), porque a apreciação do fato ocorrerá em processos distintos, com base em leis distintas.

São caminhos a se estudar, porque não há hoje escolhas maduras. O pequeno intervalo de tempo desde a edição da Lei 12.846/13, os desafios de compreendê-la e a falta de casos que tenham levado o Poder Judiciário a apreciar o problema explicam a razão para o assunto não ter recebido a importância devida.

Mas o tempo irá demandar o exame do problema com maior intensidade. Apenas se espera que a conclusão homenageie o princípio do *ne bis in idem*, porque o combate à corrupção há de ocorrer com suporte na ordem jurídica²⁸ e não dela apartado.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Por que as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

AVRITZER, Leonardo. FILGUEIRAS, Fernando. Corrupção e controles democráticos no Brasil. In: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Estado, instituições e democracia: república**. Brasília: IPEA, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim?** Palestra proferida na Brazil Conference. Harvard University, 2017.

28 Como se disse, não se acredita que o Direito resolva tudo.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-10/leia-integra-palestra-barroso-jeitinho-brasileiro>>. Acesso em: 08 de set. 2017.

CARVALHO, José Murilo de. Passado, presente e futuro da corrupção brasileira. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Orgs.). **Corrupção: Ensaios e Crítica**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2008.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CONJUR. **Brasil editou 5,4 milhões de normas desde a Constituição de 1988, diz estudo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-30/brasil-editou-54-milhoes-normas-1988-estudo>>. Acesso em: 24 de set. 2017.

FORTINI, Cristiana. **Excesso de punição a atos de corrupção não favorece interesse público**. Conjur, 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-10/interesse-publico-excesso-punicao-atos-corrupcao-nao-favorece-interesse-publico>>. Acesso em: 13 de set. 2017.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar. /abr. 2017.

FRAGA, Erica. Estudos revelam como a corrupção prospera e funciona. **Folha de São Paulo**, 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/05/1773117-estudos-revelam-como-a-corrupcao-prospera-e-funciona.shtml>>. Acesso em: 20 de jul. 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro**. 1ª ed. 1ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério. **Improbidade administrativa**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.



MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do “*ne bis in idem*” e a constituição brasileira de 1988. In: **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, n. 16, v. 4, 2005.

OLIVEIRA, Márcio Luís. **A Constituição juridicamente adequada**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.

PINTO, Célia Regina Jardim. **A banalidade da corrupção: uma forma de governar o Brasil**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2011.

A gestão dos conflitos de interesses como política pública

FABRÍCIO MOTTA

Resumo:

O artigo analisa a compostura dos conflitos de interesses públicos e privados, tendo como foco central o exercício de competências por parte de agentes públicos. Com fundamento nos estudos realizados por organismos internacionais, são identificados os elementos integrantes das políticas públicas da gestão de conflitos de interesses e sua organização, com o foco voltado para a preservação da integridade das decisões públicas e prevenção à corrupção.

Palavras chave: Interesse público – conflitos de interesse – corrupção

1 Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (Brasil), Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA e Procurador do Ministério Público de Contas (MPC TCM/GO).



Abstract:

The article analyzes the composure of conflicts of public and private interests, having as central focus the exercise of competences by public agents. Based on the studies carried out by international organizations, the elements that are part of the public policies of the management of conflicts of interest and their organization are identified, with a focus on preserving the integrity of public decisions and preventing corruption.

Key words: *Public interest – conflicts of interests – corruption*

Sumário:

Introdução; **1.** Interesse público e interesses particulares; **2.** Conflito de interesses; **3.** Gestão dos conflitos de interesses: as diretrizes da OCDE; **3.1.** Definir as situações específicas de relevantes conflito de interesse; **3.2.** Existência de procedimentos para identificar as situações de conflito ; **3.3** Necessidade de regras claras para a gestão e resolução dos conflitos identificados ; **4.** Vertentes; **4.1.** Vertente normativa; **4.2.** Vertente institucional/organizacional; **4.3** Vertente funcional; **5.** Transparência, o pressuposto democrático; Conclusão

Introdução

Os instrumentos jurídicos para prevenção e enfrentamento da corrupção nunca estiveram tão em voga no Brasil como nos últimos anos. Há um sentimento talvez exagerado em nós, brasileiros, de que a corrup-

ção é uma maldição perpétua que nos aflige com especial intensidade, o que não implica afirmar que existiriam nações imunes. O esforço internacional de combate à corrupção, empreendido por organismos como Organização das Nações Unidas – ONU, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE e Transparência Internacional- TI, dentre outras, demonstra que trata-se de um fenômeno que não respeita fronteiras e que é objeto de preocupação geral em razão de seus efeitos nefastos².

Não é arriscado dizer que a corrupção floresce com maior ardor em ambientes propícios formados por um conjunto de fatores sociais, culturais, políticos, econômicos e também jurídicos. Entretanto, a referência inicial ao instrumental jurídico denota desde já o recorte metodológico feito neste artigo, que não ignora a complexidade do fenômeno corrupção, mas opta pelo enfoque estritamente jurídico-normativo³.

2 “O custo com a corrupção alcança cifras importantíssimas. Segundo a OCDE- Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, a corrupção representa 5% (cinco por cento) do GDP global, estimando-se o pagamento de mais de 1 trilhão de dólares pagos todos os anos, adicionando-se um custo de 25% (vinte e cinco por cento) dos contratos públicos em países em desenvolvimento, afetando a economia e os direitos dos cidadãos. A OCDE noticia a relação entre mortalidade infantil e corrupção. Não apenas a falta de recursos destinados à saúde pode promover a mortalidade (infantil ou não), mas o conluio entre agentes públicos e contratados na fase da definição do objeto e na fase da execução do ajuste pode levar à utilização de remédios inadequados ou mal produzidos. Há de se ter em mente que os países em que o *custo corrupção* existe tendem a receber menor quantidade de investimentos, reforçando o problema social. Segundo a Transparência Internacional, há outros efeitos negativos provenientes de práticas relacionadas à corrupção: 1)prejudica-se a inovação tecnológica porque as empresas corruptas não têm interesse (razão) em fazê-lo ou não precisam fazê-lo para manter-se no mercado, enquanto as demais não se sentem estimuladas a alocar recursos para essa finalidade; 2) destroem-se os empregos porque afeta-se o ambiente competitivo provocando o fim de empresas idôneas”. (CRISTIANA FORTINI/FABRÍCIO MOTTA, *Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional*, in *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n.64, ano 16, p. 93-113).

3 “O debate sobre corrupção tem se centrado nos seus aspectos econômicos e jurídicos no Ocidente, todavia o problema é quando estes âmbitos de enquadramento restringem outras abordagens que dizem com causas e consequências para além deles, deixando de se reconhecer que, em verdade, que a *corruption destroys the fundamental*



A complexidade do fenômeno corrupção acarreta dificuldade conceitual, podendo-se admitir a existência de conceitos variados de corrupção com maior ou menor amplitude. Entretanto, independentemente de qualquer aproximação conceitual a corrupção possui em sua gênese o abuso de posição, sob variadas formas, para obtenção de vantagens pessoais. Desta forma, a existência de interesses distintos e contrários entre os envolvidos é imanente à corrupção, seja na esfera pública, objeto deste estudo, seja na esfera privada. Conflito de interesses envolve, para este efeito, a contraposição entre interesses públicos e privados, com potencial de prejuízo àqueles, gerada em razão de relação jurídica envolvendo Estado e agente público.

No Brasil, os marcos normativos recentes ligados ao assunto decorrem de compromissos internacionais assumidos. Nesse particular, por intermédio da Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 29 de março de 1996⁴, os Estados Partes se comprometeram a envidar medidas destinadas a criar, manter e fortalecer:

“Artigo III. 1. Normas de conduta para o desempenho correto, honrado e adequado das funções públicas. Estas normas deverão ter por finalidade prevenir conflitos de interesses, assegurar a guarda e uso adequado dos recursos confiados aos funcionários

*values of human dignity and political equality, making it impossible to guarantee the rights to life, personal dignity and equality, and many other rights. É fácil entender que tais restrições de compreensão do fenômeno sob comento também são decorrência do foco e da intensidade das violações econômicas e jurídicas que ele provoca” (ROGÉRIO GESTA LEAL, *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*, Santa Cruz do Sul, 2013, p.15)*

4 A Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002 (promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002)

públicos no desempenho de suas funções e estabelecer medidas e sistemas para exigir dos funcionários públicos que informem as autoridades competentes dos atos de corrupção nas funções públicas de que tenham conhecimento. Tais medidas ajudarão a preservar a confiança na integridade dos funcionários públicos e na gestão pública. 2. Mecanismos para tornar efetivo o cumprimento dessas normas de conduta”.

A Convenção da ONU contra a Corrupção, por seu turno, assinada em 9 de dezembro de 2003⁵, trouxe aos Estados partes novas obrigações voltadas à promoção e fortalecimento de medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção, requerendo adaptações legislativas e ações concomitantes à aplicação da convenção a cada país:

“Art.7- Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios de sua legislação interna, procurará adotar sistemas destinados a promover a transparência e a prevenir conflitos de interesses, ou a manter e fortalecer tais sistemas.

Art.8

[...]

5. Cada Estado Parte procurará, quando proceder e em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, estabelecer medidas e sistemas para exigir aos funcionários públicos que tenham declarações às autoridades competentes em relação, entre outras coisas, com suas atividades externas e com

5 A Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.



empregos, inversões, ativos e presentes ou benefícios importantes que possam dar lugar a um conflito de interesses relativo a suas atribuições como funcionários públicos.

[...]

Art.12

1. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como, quando proceder, prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas.

2. As medidas que se adotem para alcançar esses fins poderão consistir, entre outras coisas, em:

[...]

e) Prevenir os conflitos de interesse impondo restrições apropriadas, durante um período razoável, às atividades profissionais de ex-funcionários públicos ou à contratação de funcionários públicos pelo setor privado depois de sua renúncia ou aposentadoria quando essas atividades ou essa contratação estejam diretamente relacionadas com as funções desempenhadas ou supervisionadas por esses funcionários públicos durante sua permanência no cargo”.

A lei brasileira nº 12.813/13 foi editada com a finalidade de cumprir esses compromissos internacionais ao definir situações que configuram conflito de interesses no Poder Executivo da União. Apesar de sua aplicabilidade restrita à esfera federal, a lei tem inspirado a edição de normas semelhantes nos Estados da Federação e Municípios.

O objeto central deste artigo é analisar a compostura dos conflitos de interesses públicos e privados, tendo como foco central o exercício de competências por parte de agentes públicos. Não constitui objeto do estudo a análise analítica da lei brasileira nº 12.813/13, que será invocada, quando necessário, para exemplificar a estruturação de política pública de prevenção aos conflitos.

1. Interesse público e interesses particulares

O interesse público é como o amor, escreveu Guillermo Andrés Muñoz: muitos podem conhecê-lo, dizer que suas veias já pulsaram por ele; entretanto, na hora de defini-lo, é como se perdesse forças, desaparecesse, perdesse tudo – então, é melhor não defini-lo⁶. A inspirada metáfora demonstra a dificuldade de definir uma expressão naturalmente fluida, imprecisa, utilizada com sentidos e funções variados. A propósito, a utilização ideológica da expressão interesse público tem despertado discussões acadêmicas intensas, inclusive no Brasil⁷.

A despeito de qualquer definição, a categoria jurídica interesse público possui plena operatividade jurídica, inclusive em razão de sua presença em normas fundamentais de alguns ordenamentos, como as Consti-

6 GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ, El interés público es como el amor, In ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO/DANIEL WUNDER HACHEM, *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*, Belo Horizonte, 2010. pp. 23-30.

7 A respeito, vide DANIEL SARMENTO (Org.), *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro, 2010, e DANIEL WUNDER HACHEM, *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, Belo Horizonte, 2011.



tuições do Brasil e da República Portuguesa, por exemplo⁸. Em uma Administração Pública dialógica⁹, que se move tendo como rumo principal a dignidade humana e como bússola o ordenamento jurídico, o interesse público é uma categoria central. Sem qualquer pretensão conceitual e mesmo de especificar os diferentes significados que a expressão pode assumir, é importante identificar, topicamente, os elementos que consideramos integrar a compreensão jurídica do interesse público para efeito da análise dos conflitos de interesses:

8 Além das diversas referências a categorias variadas que podem ser consideradas interesse público em sentido amplo, como interesse geral e interesse coletivo, a Constituição da República Federativa do Brasil utiliza a expressão interesse público nos artigos 19, I; 37, IX; 57, §6º, II, 66, §1º; 93, VIII e IX; 95, II, 114, §3º; 127, §5º, I, “b”, e 231, §6º. Na Constituição da República Portuguesa, basta a referência aos artigos 266.º, segundo o qual “1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos” e Artigo 269. Regime da função pública: “1. No exercício das suas funções, os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas estão exclusivamente ao serviço do interesse público, tal como é definido, nos termos da lei, pelos órgãos competentes da Administração”.

9 As transformações e desafios da Administração Pública e do Direito Administrativo são bem resumidas por Carla AMADO GOMES: “O Direito Administrativo enfrenta, desde finais do século passado, vários desafios dilacerantes – e porventura descaracterizantes. Pode dizer-se que a alavanca das mudanças foi a transição da Administração agressiva para a Administração (também) prestadora, com abertura à colaboração dos particulares na realização de múltiplas novas tarefas através do contrato; com a tomada de consciência da necessidade de gestão planificada nos domínios económico, social, urbanístico, ambiental, através do regulamento; com a percepção de que a concretização da democracia passa pela alteração da realidade física e não somente pelas injunções no ordenamento jurídico, através das operações materiais. A par dessas novas formas de actuação, que vieram pôr em causa o monopólio do acto administrativo, surge a miscigenação entre direito público e direito privado no seio da Administração e a privatização de sujeitos na orgânica administrativa, em nome da eficiência; a abertura ao contraditório, através de metodologias de criação de acordos pré-decisórios; a consensualização, através de contratos substitutivos de actos administrativos; a massificação, através da informatização; a mercantilização, com atribuição de efeitos de activos mobiliários a licenças de emissão de CO2; a informalização das formas de actuação – entre outras” (CARLA AMADO GOMES, O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a atividade administrativa informal, *in* *Textos dispersos de Direito Administrativo*, Lisboa, 2013, pp.371-422).

- a) o interesse público depende de reconhecimento pelo ordenamento jurídico, não cabendo admitir sua busca e realização além dos limites da juridicidade. Como aduz Celso Antônio Bandeira de Mello, cuja doutrina sobre interesse público é a mais difundida na doutrina brasileira, o conteúdo jurídico do princípio do interesse público não pode ser encontrado em outro lugar senão no próprio direito positivo¹⁰;
- b) o interesse público possui substrato material, residente na persecução do bem comum e no respeito à dignidade da pessoa humana, sendo fundamento, critério e limite de todo agir da Administração Pública¹¹, de acordo com os lineamentos de cada ordenamento jurídico;
- c) não há exclusividade do Estado na defesa do interesse público, compartilhada com a sociedade, tampouco identificação entre interesse público e interesse estatal. O conceito de interesse público não é construído a partir do Estado, mas sim da sociedade;
- d) a multiplicidade de interesses igualmente públicos não desnatura a importância da categoria, pois pode ser creditada às mudanças da sociedade e ao incremento de complexidade na identificação das demandas atribuídas ao Estado. Em situações específicas, a atuação do Estado possui característica mediadora, reguladora e/ou ponderadora: “o interesse público concreto é o resultado de um procedimento em que intervém autoridades públicas e cidadãos, num contexto multipolar, cada um exteriorizando visões do bem comum determinante na configuração e solução da situação

10 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 27ª ed., São Paulo, 2010, p.68

11 PAULO OTERO, *Direito do procedimento administrativo*, I, Coimbra, 2016.



subjacente”¹². Por estas razões, a fluidez e indeterminação do conceito lhe conferem operatividade, ao invés de descaracterizá-lo ou torna-lo inútil¹³;

e) em um Estado Social e Democrático de Direito, o procedimento administrativo participativo, contando com a plena e verdadeira atuação do cidadão, é a matriz que assegura atuação legítima e eficaz da Administração na identificação e defesa do interesse público¹⁴; e

f) o interesse público não é autônomo com relação aos interesses dos indivíduos por ser considerado sua dimensão pública, ou seja, o interesse do indivíduo considerado como membro da sociedade na qual está inserido, na clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵. Desta forma, o interesse público não é necessariamente antagônico aos interesses dos indivíduos por se tratar de uma de suas dimensões. Um dos mais reputados monografistas sobre o tema no Brasil, Daniel Wunder Hachem, avança na distinção ao propor a identificação do interesse público em dois sentidos: “(a) interesse público em sentido amplo: trata-se do interesse público genericamente considerado, que compreende todos os interesses juridicamente protegidos, englobando

12 PAULO OTERO, *Direito do procedimento administrativo*, I, Coimbra, 2016.

13 “A indeterminação não é um defeito do conceito, mas um atributo destinado a permitir sua aplicação mais adequada caso a caso. A indeterminação dos limites do conceito propicia a aproximação do sistema normativo à riqueza do mundo real”. (MARÇAL JUSTEN FILHO, Conceito de interesse público e a personalização do Direito Administrativo, in *Revista Trimestral de Direito Público*, nº26, 1999, p.116).

14 EURICO BITENCOURT NETO, *Concertação administrativa interorgânica. Direito administrativo e organização no século XXI*, São Paulo, 2017.

15 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 27ª ed., São Paulo, 2010, p.60-62

tanto o interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral) quanto interesses individuais e coletivos (interesses específicos), quando albergados pelo Direito positivo. [...] (b) interesse público em sentido estrito: cuida-se do interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral), a ser identificado no caso concreto pela Administração Pública, em razão de uma competência que lhe tenha sido outorgada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico. Pode se manifestar na forma de um conceito legal ou de uma competência discricionária. Consiste num pressuposto positivo de validade da atuação administrativa, eis que o ordenamento jurídico só autorizará a prática do ato quando presente esse interesse público em sentido estrito, hipótese em que estará autorizada a sua prevalência sobre interesses individuais e coletivos (interesses específicos) também protegidos pelo sistema normativo”¹⁶.

Sem avançar na complexidade das relações entre interesses públicos e interesses privados, convém lembrar que direitos e interesses não se confundem – na clássica formulação de Rudolf Von Ihering, direitos são interesses juridicamente protegidos¹⁷. Desta forma, o interesse privado juridicamente tutelado compõe o interesse público em sentido amplo; o interesse que deve sempre ceder ao interesse público é aquele “exclusivamente particular, egoístico do indivíduo enquanto tal, desprovido de proteção jurídica. Ele engloba o interesse puro e simples da pessoa (física

16 DANIEL WUNDER HACHEM, A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo, in *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, n.44, ano 11, p. 59-110.

17 Na lição de Emerson Gabardo, “o interesse difere do direito, entre outros motivos, justamente porque não possui um dever a ele correspondente, escapando da natureza deontológica típica da normatividade jurídica”. (EMERSON GABARDO, *Interesse público e subsidiariedade – o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*, Belo Horizonte, 2009, p.304).



ou jurídica, de Direito Público ou de Direito Privado) carente de tutela pelo ordenamento jurídico, e os interesses ilícitos”¹⁸.

2. Conflito de interesses

A referência bíblica é irresistível para introduzir a análise do conflito de interesses: “Nenhum servo pode servir dois senhores; porque, ou há de odiar um e amar o outro, ou se há de chegar a um e desprezar o outro. Não podeis servir a Deus e a Mamom”¹⁹. O exercício da função pública há de ser pautado pelas normas – regras e, especialmente, princípios – publicísticas, que podem conter inclusive prerrogativas que desigualam a relação jurídica com o cidadão. Ainda que se admita a existência de interesses privados dos agentes públicos, mesmo egoísticos, que se lícitos podem ser buscados por vias comuns, no exercício da função pública não se admite a intersecção desses interesses próprios com o interesse público. A questão essencial é justamente identificar os interesses privados do agente público e como podem eventualmente colocar em risco a consecução do interesse público.

A Lei Federal brasileira nº 12.813/13 define conflito de interesses como “a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública” (art.3º, I). Não se tratarão necessariamente de interesses ilícitos ou mesmo egoísticos, meramente privados. Retomando o que foi dito no tópico anterior, pode se tratar até mesmo de

18 DANIEL WUNDER HACHEM, *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, Belo Horizonte, 2011, P.292

19 Evangelho Segundo Mateus cap.6, 24.

interesse público em sentido amplo, mas cuja prossecução por agente público, no exercício de função pública, poderia colocar em risco o interesse público em sentido estrito. Pensemos, por exemplo, em um agente público com um interesse particular juridicamente protegido – direito subjetivo, talvez – que se utiliza das facilidades do seu cargo para vê-lo – o direito – reconhecido em situação mais célere ou favorável.

A regulação dos conflitos de interesses possui objetivo essencialmente preventivo, evitando a materialização de atos de corrupção. Trata-se de identificar riscos para a integridade dos objetivos públicos e dos meios de alcançá-los, evitando danos ao erário, ao interesse público e também atentados aos princípios que regem a Administração Pública (isonomia e moralidade, dentre eles).

Uma das razões para a grande exposição do Estado a esses conflitos é justamente sua ausência de exclusividade na defesa dos interesses públicos, compartilhado com a sociedade. A multiplicidade de atores que interagem nos variados procedimentos públicos e sua difusa gama de interesses torna o interesse público estrito mais vulnerável aos diversos interesses privados. No mesmo sentido, o incremento das diversas formas de parceria com instituições da sociedade – seja no campo social, seja no campo econômico-, característica de diversos Estados atuais, configura potencial emergente para que fatores externos influenciem as decisões públicas em razão, sobretudo, de questões econômicas.

Podem existir também conflitos de interesses na relação entre o Estado e seus diversos prestadores de serviços. Empresas ou profissionais que atuam em favor de empresas com interesses conflitantes com os do Estado e que, posteriormente, passam a ser relacionar com o Estado no mesmo setor produtivo, com outro interesse. O exemplo demonstra que não apenas servidores públicos possuem interesses potencialmente conflitantes com o interesse público.



3. Gestão dos conflitos de interesses: as diretrizes da OCDE

A desconfiança na integridade das instituições públicas corrói a confiança do cidadão, que legitimamente espera que os agentes públicos utilizem de suas prerrogativas e exerçam suas competências para bem servir o interesse público, não para servirem-se dele. Ambientes propícios a conflitos de interesses configuram também risco à integridade dos mercados e da justa concorrência, situações que ainda podem ser agravadas por processos decisórios governamentais despidos de transparência. Determinados setores da Administração Pública concentram maiores riscos de ocorrência de conflitos em razão da maior interface com o setor privado e do manejo de poderes públicos. Com efeito, contratações públicas (incluindo todo os procedimentos preparatórios), exercício do poder de polícia administrativa (abrangendo atividades de inspeção, sanção, autorização, por exemplo) e atividades de regulação social e econômica são exemplo de setores sensíveis que devem ser objeto de maior atenção e, sobretudo, transparência.

O reconhecimento da natureza, probabilidade e gravidade dos riscos é essencial para o desenho da política pública de prevenção. O quadro elaborado pelo *National Audit Office* – NAO²⁰, da Inglaterra, demonstra as diferentes estratégias a serem adotadas de acordo com os respectivos riscos, tomando como parâmetro as múltiplas atividades executadas pela Administração Pública:

Os exemplos trazidos pelo NAO demonstram os conflitos que podem ocorrer nas diversas etapas do ciclo de qualquer política pública. De acordo com o órgão, uma investigação do *British Medical Journal* em 2013

20 NATIONAL AUDIT OFFICE, *Conflicts of interest - Report by the Controller*, Londres, 2015, pesquisável em: <https://www.nao.org.uk/report/conflicts-interest-2/>

constatou que 426 (36%) dos 1.179 médicos do governo de determinada categoria têm potencial conflito de interesse em razão de possuírem cargos de administração ou parcerias com empresas de saúde privadas. O relatório fornece também exemplos ilustrativos de conflitos na área da educação pública, como escolas que celebram contratos com empresas privadas em que seus funcionários, curadores, ou patrocinadores tiveram interesse financeiro²¹.

Os riscos para a desnaturação dos interesses da sociedade e para a integridade dos mercados explicam a preocupação atual com conflitos de interesse, nos setores público e privado, sobretudo nos Estados Ocidentais. O cenário impeliu a OCDE a estabelecer diretrizes para a gestão de conflitos de interesses no setor público, com o declarado objetivo de ajudar as instituições e agências governamentais a desenvolver políticas públicas em que conflitos de interesse sejam adequadamente identificados e resolvidos ou gerenciados, de forma adequada e transparente, contribuindo para evitar a prática de atos de corrupção²².

Existem diversas modelagens possíveis de política pública para regular conflitos de interesses, não existindo solução absoluta. As diversas possibilidades dependem de circunstâncias históricas, sociais, políticas e culturais das nações, além do necessário enquadramento no respectivo ordenamento jurídico. Via de regra, como é possível intuir e como esclarece a OCDE, a questão é tratada como parte de política pública mais ampla de prevenção e combate à corrupção. As diretrizes, desta forma,

21 NATIONAL AUDIT OFFICE, *Conflicts of interest - Report by the Controller*, Londres, 2015, pesquisável em: <https://www.nao.org.uk/report/conflicts-interest-2/>

22 OECD, *Managing Conflict of Interest in the Public Service - OECD GUIDELINES AND COUNTRY EXPERIENCES*, Paris, 2003, pesquisável em <http://www.oecd.org/gov/ethics/managingconflictofinterestinthepublicservice.htm>



propõem um quadro estrutural geral mínimo que pode ser aplicado a qualquer desenho de política pública preventiva.

A recomendação inicial da OCDE é a definição, por cada ordenamento, do que se considera conflito de interesses para que seja possível identificar e efetivamente gerenciar as situações respectivas. Para a Organização, “conflito de interesses” envolve possibilidade de divergência entre o dever público e interesses privados de um agente público, no qual o agente tem capacidade privada e interesses que possam influenciar indevidamente o desempenho de seus deveres públicos.

Interessante anotar a importância de não relacionar conflito de interesses com prejuízo econômico, danos ou mesmo com a configuração de atos de corrupção ou improbidade. A definição ampla importa em qualquer abuso de posição, por parte do agente público, que o permita auferir vantagens com relação ao cidadão comum. É o caso, por exemplo, da utilização de informações privilegiadas para benefícios próprios ou de terceiros, e também do recebimento de qualquer tipo de vantagem – não necessariamente financeira – que possa *influenciar* as decisões do agente. O foco é eminentemente preventivo, voltado a impedir interferências indevidas.

Na efetiva realização de qualquer modelagem de política pública, a OCDE destaca a importância de promover a responsabilidade individual e o exemplo pessoal- os agentes públicos devem atuar em todos os momentos para que sua integridade sirva de exemplo para outros agentes e também para o público. Além disso, estimular uma cultura organizacional de intolerância com os conflitos de interesse, o que depende de comunicação, orientação e treinamento para promover as regras e práticas estabelecidas. A implementação de “parcerias para a integridade” com o setor empresarial e com entidades do terceiro setor é recomendada como elemento de sensibilização e assimilação cultural. O estímulo ao

envolvimento dos cidadãos e de entidades da sociedade civil é também encarecido pela Transparência Internacional²³ como forma de aumentar a efetividade das diversas políticas de integridade. A TI ressalta a importância de encorajar as denúncias (ou reporte de informações, para buscar uma tradução mais adequada para *whistleblowing*) que possam trazer informações relevantes a respeito de riscos de corrupção e conflitos de interesses, o que deve ser feito por meio de uma política de incentivo, tratamento da informação e proteção ao denunciante.

Passamos à análise da diretrizes propostas.

3.1. Definir as situações específicas de relevantes conflito de interesse

A existência de linhas nem sempre precisas que separam o interesse público em sentido amplo dos interesses privados acarreta a necessidade de descrição clara e realista das situações e circunstâncias que podem caracterizar conflito de interesses. A definição clara das situações objetiva proteger não somente a integridade do interesse público como também a boafé do agente público, diante de situações complexas, sujeitas a interpretações variadas.

A identificação específica das situações, recomenda a OCDE, deve ser feita utilizando exemplos de interesses privados que têm a aptidão para provocar o conflito: interesses financeiros e econômicos, participações societárias, filiações partidárias, participação em organizações sem fins lucrativos, afiliações sindicais ou profissionais. As situações podem abranger relações ainda mais marcadas pela pessoalidade, tais como re-

23 MÁIRA MARTINI, *Conflict of interest in public procurement*. Transparency Internacional, 2013, pesquisável em https://www.transparency.org/whatwedo/answer/conflict_of_interest_in_public_procurement



lacionamentos pessoais, profissionais, étnicos, familiares ou religiosos. Nesse particular, o objetivo é identificar qualquer tipo de condicionamento que possa afetar o dever de imparcialidade do agente público no exercício de suas atribuições, ainda que despido de intencionalidade.

Definir as situações é o primeiro passo, que deve ser conjugado com o estabelecimento de organizações e estratégias práticas para ajudar a identificar, *in concreto*, a variedade de casos de conflito de interesses. A OCDE destaca a necessidade do conjunto normativo como etapa necessária, mas não suficiente para a política preventiva. Orientações, treinamentos e possibilidade de esclarecimento de dúvidas são iniciativas que darão suporte à clareza e efetividade da política pública.

3.2. Existência de procedimentos para identificar as situações de conflito

A segurança jurídica impõe a necessidade de que os agentes públicos saibam o que deles se espera com relação à defesa do interesse público, sobretudo em situações de menor clareza no tocante ao eventual conflito.

A exigência de declaração expressa, por parte de determinados agentes públicos, de informações relativas a seus interesses privados, é uma estratégia recomendada pela OCDE e também pela Transparência Internacional. No caso, cuida-se de exigir determinadas informações dos agentes que irão assumir certos cargos, informações que deverão ser periodicamente atualizadas. Os interesses privados relevantes que possam entrar em conflito com as atribuições públicas podem ser divulgadas para o público em geral ou para acesso interno dos órgãos de controle e governança. A OCDE destaca ainda a importância de agilidade na divulgação das informações e também da atualização, em existindo mudança das circunstâncias iniciais, para incentivar a confiança do público e asse-

gurar o cumprimento dos deveres por parte dos agentes. Resumindo, a recomendação é que os agentes públicos devem ser obrigados a aceitar a responsabilidade de identificar seus interesses privados relevantes.

3.3 Necessidade de regras claras para a gestão e resolução dos conflitos identificados

A declaração dos interesses privados relevantes e a identificação concreta de situações não resolvem o conflito de interesses. A OCDE destaca a importância de estabelecer medidas claras para resolução ou gerenciamento dos conflitos, de acordo com cada situação. A gestão do conflito concreto pode resultar, por exemplo, no afastamento de um determinado agente de um processo administrativo decisório, transferência de setor ou alteração de atribuição, restrição de acesso a determinadas informações, etc. O procedimento deve assegurar a adoção de estratégia compatível com o conflito específico verificado. As recomendações não se aplicam às situações envolvendo dano ao erário, prática de crimes ou atos de improbidade, as quais demandarão providências de apuração específicas.

4. Vertentes

As recomendações dos órgãos internacionais permitem identificar três grandes vertentes de estruturação da política de prevenção de conflitos de interesses: normativa, institucional/organizacional e funcional.

4.1. Vertente normativa

A política pública de prevenção aos conflitos de interesses na esfera pública demanda a edição de normas, em variados patamares hierárqui-



cos. Consideramos como normas válidas aquelas produzidas de acordo com uma norma hierárquica superior e anterior, indiretamente ligada à norma fundamental do sistema, na lição insuperável de Kelsen, e integradas ao ordenamento jurídico. A investigação a respeito da integração deve recair sobre a fonte que produziu o ato normativo e a existência de autorização ou reconhecimento para tanto. Os atos normativos possuem generalidade e abstração em variadas intensidades, assim como a extensão e aplicabilidade de seus efeitos, muito embora seja sempre possível e necessário aferir a incorporação da fonte responsável por sua edição.

A inserção no ordenamento jurídico é necessária para conferir cogência às regras, sob pena de serem consideradas meros conselhos morais ou funcionais. A criação de obrigações de conduta e o estabelecimento de infrações e penalidades, em especial, estão alcançados pelo campo da reserva legal, demandando a edição de lei em sentido formal. A lei brasileira nº 12.913/13, por exemplo, estabelece situações que configuram conflito de interesse e as tipifica como atos de improbidade administrativa, como tal sujeitos às rígidas sanções da Lei nº 8.429/92.

As diversas normas e seus diferentes graus de integração ao ordenamento jurídico dependem da concepção da política pública e também das limitações de cada sistema. A lei brasileira, novamente invocada, utiliza a técnica da remissão normativas para reenviar a ato normativo inferior e posterior, a ser elaborado pela Administração, a regulação de certos elementos que complementam a ordenação estabelecida na própria lei. A lei, no caso, incumbe expressamente a Comissão de Ética Pública de estabelecer normas, procedimentos e mecanismos que objetivem prevenir ou impedir eventual conflito de interesses (art.8º, I). A utilização desta técnica é bastante comum e necessária, sobretudo em razão da necessidade de pormenorizar alguns pontos específicos da ati-

vidade administrativa, que costumam mudar com facilidade, e que por isso podem não encontrar tratamento adequado no rígido processo de elaboração da lei. Os atos normativos editados com apoio em lei devem obedecer, em seu conteúdo, aos parâmetros legalmente estabelecidos. A obediência aos princípios constitucionais também é imperativa, inclusive na ausência de parâmetros legais claros. O processo de interpretação, aplicação e controle destes atos normativos deve seguir uma trilha de generalização sucessiva: dos princípios específicos para os setoriais; destes últimos para os princípios gerais, e assim sucessivamente.

Instrumentos jurídicos não impositivos (soft law) também podem ser utilizados, a depender da natureza dos riscos de conflito e da estratégia da política pública. Se não forem reconhecidos pelo ordenamento jurídico (por intermédio da adstrição à competência formal e material para edição), não possuirão efeitos obrigatórios, tendo maior utilidade na interpretação das normas e na indicação de padrões de condutas. Nessa situação podem ser enquadrados Códigos de Ética e Códigos de Conduta, cujo reconhecimento pelo ordenamento deve ser verificado em cada caso.

Convém anotar que o estabelecimento de normas atende à necessidade de previsibilidade, entendida como possibilidade de prever, antecipadamente, as ações levadas a cabo pela Administração. Os atos normativos editados devem possuir pretensões de estabilidade e permanência, possibilitando aos cidadãos que possuem vínculo com a Administração planejar suas atividades com segurança e certeza. A edição de normas infra legais é também importante para criar critérios e orientações para a aplicação do ordenamento, de preferência mediante procedimentos públicos e motivados.



4.2. Vertente institucional/organizacional

Pode-se falar em “organização da Administração Pública” em *sentido amplo*, abrangendo as acepções *subjetiva* e *objetiva*, definido-a como a composição e conformação de estruturas, competências, processos e instrumentos da Administração voltados ao alcance de finalidades públicas. Nesse sentido amplo, a organização da Administração compreende objetos diversos, tais como: a) criação e composição de estruturas subjetivas e objetivas adequadas para o alcance de finalidades; b) determinação e distribuição das tarefas entre estruturas e agentes mediante critérios estabelecidos e voltados para o alcance dos objetivos; c) provisão de pessoal para o exercício das tarefas; d) relações de coordenação, subordinação e controle entre as diversas estruturas organizativas; e) estruturação da prestação das diversas atividades realizadas pela Administração de forma a atingir, de forma satisfatória, as finalidades públicas específicas buscadas; e f) controle de todos os processos planejados e executados²⁴.

Trata-se da *avaliação e concepção de desenhos institucionais e ferramentas gerenciais voltadas ao alcance de objetivos determinados*. No que toca à *Administração Pública em sentido subjetivo*, no interior do ordenamento deverá ser buscada a estrutura jurídico-subjetiva mais adequada para a realização de determinados fins. Na lição de Luciano Parejo Alfonso,

“[...] se ofrece a la Administración, encuanto poder o sistema administrativo, como una constelación de soluciones de organización y acción. Y una constelación, además, que si hace posible un muy amplio margen en la selección de las opciones que pone a disposición, no permite, sin embargo, que dicha selección se verifique con

24 MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO/FABRÍCIO MOTTA, *Tratado de Direito Administrativo*, Vol.II- Administração pública e servidores públicos, Thomson Reuters, 2014.

*total libertad. De onde se sigue la negación de libertad, por indiferencia jurídica, em el ejercicio de la potestad de organización”.*²⁵

A “organização estrutural da Administração Pública” possui uma *função garantista própria* ligada à predeterminação das condições de futuro desenvolvimento da atividade. No caso, a garantia do cidadão está na atribuição de uma função a um ente ou órgão dotado das características necessárias para sua adequada realização. A garantia está não somente na individualização de funções e estabelecimento de seu regime jurídico, mas também na sua adequada atribuição a sujeitos predeterminados. Na prática, trata-se de identificar a estrutura subjetiva responsável pela relação jurídica travada com o cidadão. Ao ensinar que o “direito da organização” é geralmente descritivo, Schmidt-Assmann anota que as atividades da Administração se desenvolvem *em e por meio* de organizações, e é nelas onde entram em contato o Estado como organização e as forças sociais. Como ensina o autor, é justamente o direito da organização que permite que as atividades prestacionais da Administração e as possibilidades de participação dos cidadãos se encontrem em estruturas determinadas²⁶.

As estruturas subjetivas atuantes na identificação, gestão e resolução dos conflitos de interesses devem ser conformadas de forma adequada para o exercício da função. Ressalta-se, em especial, a necessidade de posicionamento institucional adequado no organograma estatal para impedir ingerências político-partidárias. A estrutura deve ser modelada de forma que possa garantir o pleno cumprimento de

25 LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, Barcelona, 2003, p.370.

26 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid-Barcelona, 2003, p.251.



suas atribuições, sem subordinações hierárquicas que coloquem em risco a gestão dos conflitos de interesses.

4.3 Vertente funcional

Enquanto a vertente institucional enfoca as estruturas organizativas concebidas para a execução das atividades administrativas, a vertente funcional considera os agentes públicos que executarão as competências legalmente atribuídas. Nesse particular, a eficiente e eficaz gestão dos conflitos de interesses demanda não somente treinamento dos agentes que aplicarão o conjunto normativo como também o estabelecimento de garantias adequadas para o correto e imparcial desempenho das atribuições. Estabilidade no serviço público ou na função e exercício de mandato são algumas das modalidades de garantias que costumam ser previstas para que o agente público que exerce determinadas atividades possa ter a tranquilidade necessária para cumprir as normas da forma mais adequada e eficiente, sem qualquer temor de perseguições e retaliações profissionais em razão do exercício de atribuições nem sempre simpáticas aos olhos de alguns.

5. Transparência, o pressuposto democrático

Democracia e transparência andam de mãos dadas, pois a opacidade²⁷ é incompatível com o reconhecimento de que o poder emana dos

27 “A opacidade pode criar uma aparência de corrupção. Contribui sobremaneira para a opacidade a complexidade excessiva do enquadramento legal, sobretudo com a criação de múltiplos regimes de exceção [...], alterações cirúrgicas à lei, regimes transitórios que vão sendo indefinidamente prorrogados”. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos – uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa, 2013, p. 364.

cidadãos. A publicidade, princípio componente da República e da democracia, é fundamental meio de legitimação, pressuposto necessário à efetivação do controle e da participação popular²⁸, sendo pressuposto à efetividade da responsabilidade democrática da Administração. O princípio da publicidade administrativa caracteriza-se também como direito fundamental do cidadão, indissociável do princípio democrático, possuindo um *substrato positivo*- o dever estatal de promover amplo e livre acesso à informação como condição necessária ao conhecimento, à participação e ao controle da Administração- e outro *negativo*- salvo no que afete à segurança da sociedade e do Estado e o direito à intimidade, as ações administrativas não podem desenvolver-se em segredo.

Nessa linha de raciocínio, por trás do princípio da publicidade, estão a exigência de segurança do direito e a proibição da política do “segredo”, entendida esta última proibição não somente como uma vedação ao arbítrio, mas como um dever de satisfação por parte do Estado. A visibilidade necessariamente conferida à Administração possibilita o combate à ineficácia das disposições de garantia legalmente instituídas. Em obra sobre a chamada “Administração paralela”, identificada como aquela que

28 “[...] a responsabilidade democrática (accountability) da Administração só faz sentido se, em face dela, se situar uma coorte de cidadãos inclinados a acompanhar o exercício do poder administrativo e dispondo de meios para o fazer: meios de informação e meios de intervenção capazes de influir sobre tal exercício. Tal como concebida na Constituição, a participação democrática não se resume ao exercício da capacidade eleitoral ativa e passiva. Uma cultura de participação supõe – sobretudo da imensa maioria dos que se não candidatam ao exercício de cargos políticos e administrativos de base eletiva – uma larga multiplicidade de comportamentos, na esfera privada como na pública, conducentes à maior proximidade possível entre a vontade do Estado e de outros entes públicos e os juízos de valor e pretensões dos indivíduos que formam o povo”. SÉRVULO CORREIA, Controle judicial da Administração e responsabilidade democrática da Administração, in LUÍSA CRISTINA PINTO e NETTO/EURICO BITENCOURT NETO, *Direito administrativo e direitos fundamentais – diálogos necessários*, Belo Horizonte, 2012, pp.299-315.



se constitui de procedimentos informais paralelos aos formalmente estabelecidos, Agustín Gordillo²⁹ ensina que

[...] mesmo com as leis e constituições consagrando enfaticamente o princípio da publicidade dos atos do governo e também o mais irrestrito acesso dos interessados às atuações administrativas, salvo se forem qualificadas por ato expresso e motivado como confidenciais, a verdade é que, na prática, estas disposições jamais são cumpridas facilmente. A tradição das administrações hispanoamericanas é o silêncio, o segredo, a reserva, não a publicidade. O funcionário público não considera, com isso, que realiza uma atividade ilícita: ao contrário, percebe que o correto, o devido, o lícito e normal é ser o zeloso guardião de toda a informação administrativa e, sobretudo, não possibilitar o acesso a ela dos administrados ou terceiros, pois isso poderia compromê-lo. Se o funcionário for informado da lei que dispõe em sentido contrário, sua incredulidade será genuína: ele imaginará que essa norma é ilegal, sem saber como nem por que, mas terá consciência de que a conduta que se espera dele, por parte da sociedade, não é em absoluto aquela descrita na lei, mas sim aquela que é apreendida, sem nenhuma dificuldade, de seus superiores e companheiros de trabalho.

O autor conclui que a participação popular e a publicidade na elaboração das normas tocantes à Administração são condições de sua futura eficácia, evitando a criação de um para-sistema, ou, segundo a terminologia de Bobbio, de um poder invisível. Estas ideias trazem consigo a noção de **transparência**. A partir da acepção comum das palavras, pode-se entender a **publicidade** como característica do que é público, conhecido, não manti-

29 AGUSTÍN GORDILLO, *La administración paralela*, Madrid, 1992, p.54, tradução nossa.

do secreto. Não obstante, a *publicidade oficial* atua como requisito para a eficácia dos atos, em geral, praticados pelo poder público. **Transparência**, ao seu turno, é atributo do que é transparente, límpido, cristalino, visível; é o que se deixa perpassar pela luz e ver nitidamente o que está por trás. A transparência exige não somente a disponibilidade de conhecimento mas também a possibilidade de *entendimento* dos atos.

Os atos administrativos devem ser públicos e transparentes – públicos porque devem ser levados a conhecimento dos interessados por meio dos instrumentos legalmente previstos (citação, publicação, comunicação, etc.); transparentes porque devem ser facilmente acessíveis³⁰ e permitir entender com clareza seu conteúdo e todos os elementos de sua composição, inclusive o motivo e a finalidade, para que seja possível efetivar seu controle. Transparência é requisito essencial para a participação social e para o controle da Administração, materializando, no plano real, o poder reconhecido ao povo pelo ordenamento³¹.

30 O alerta de Miguel ASSIS RAIMUNDO para o procedimento das contratações públicas é importante para a compreensão do dever geral de transparência: “[...] a relativa facilidade de acesso à informação corre o risco de ser ilusória: na grande maioria dos casos, o público em geral está insuficientemente informado sobre as decisões de contratação pública e sobretudo faltar-lhe-á conhecimento técnico sobre o enquadramento jurídico das mesmas. Essa informação incompleta poderá ter o efeito perverso de serem questionadas e destruídas na opinião pública decisões bem tomadas, ao deslocar-se o centro das decisões para fóruns de discussão com características de amadorismo ou ataque estratégico e levando inevitavelmente à degradação da qualidade do debate e à deslegitimação das instâncias tecnicamente qualificadas e revestidas de autoridade e responsabilidade atribuídas pelo Direito”. (MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formatação dos contratos públicos – uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa, 2013, p. 360).

31 “Controlar os poderes públicos e obrigá-los a controlarem-se é uma condição de bom governo. A prestação informação é, a vários títulos, um instrumento essencial deste controlo. O European Label of Governance Excellence - ELoGe - certificado europeu de bom governo nas autarquias locais - incorpora esta exigência em pelo menos quatro dos seus doze princípios: o da abertura e transparência, o da responsividade, o de boa gestão financeira e o da eficácia e eficiência” (ANA FERNANDA NEVES, Os deveres de informação das autarquias locais, in CARLA AMADO GOMES/ANA FERNANDA NEVES/RUTE SARAIVA (coord.), *Finanças públicas locais e good governance*, Lisboa, 2017, pp.84-136).



A gestão dos conflitos de interesses deve ser pautada pela plena transparência, como foi dito ao longo deste artigo, para permitir o conhecimento e controle dos cidadãos. O amplo conhecimento dos interesses privados de agentes que exercem funções públicas compartilha com o cidadão e com a sociedade civil organizada a responsabilidade de evitar, nas múltiplas relações jurídicas travadas, que se configure conflito em detrimento do interesse público.

Conclusão

Conflitos de interesses aparecem como um tópico novo e urgente para a Administração Pública e sua eficiente gestão é essencial para preservar a integridade das decisões públicas e evitar a prática de atos de corrupção. A atual complexidade das demandas sociais e multipolaridade da Administração torna a governação dos conflitos um grande desafio, cujo enfrentamento exige seriedade, preparo e transparência. Para além da necessidade de não distorcer o funcionamento do mercado e a imparcialidade na identificação dos interesses públicos está a imperiosa necessidade de recuperar a confiança do cidadão em seu Estado e em seu governo. Corroer a confiança do cidadão é, sem dúvida, retirar a legitimidade do Estado.

Estatuto das empresas estatais e governança corporativa no Brasil

LUCIANO FERRAZ

Resumo

O objetivo central deste artigo é trabalhar a publicização do regime jurídico das empresas estatais no Brasil, havida a partir das disposições da Lei 13.303/16, com impactos nas áreas de planejamento, licitação, gestão, fiscalização, integridade, transparência, eficiência, equidade e responsabilidade corporativa nas empresas estatais e subsidiárias.

Palavras-Chave: Estatuto – Estatais – regime jurídico – *compliance* – conselho – transparência – responsabilidade corporativa.

Abstract

The main objective of this article is to publicize the legal regime of state-owned enterprises in Brazil, based on the provisions of Law 13.303/16,

¹ Pós Doutor em Direito pela Universidade Nova de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG Professor Associado de Direito Administrativo na UFMG. Professor Adjunto III de Finanças Públicas na PUC Minas. Advogado, parecerista e conferencista na área de Direito Público. Diretor Jurídico da Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB Federal



with impacts in the areas of planning, bidding, management, supervision, integrity, transparency, efficiency, equity and corporate responsibility in state-owned enterprises and subsidiaries.

Key words: *Statute - State - legal regime - compliance - board - transparency - corporate responsibility.*

Sumário:

1. Introdução; 2. Antecedentes; 3. Aspectos inovadores da Lei das Estatais; 4. Síntese conclusiva; 5. Referências

1. Introdução

As atenções do mercado para com a boa administração das empresas encontram-se embasadas pelo crescimento da participação concorrencial em diversos setores da economia. As iniciativas de implementação de “padrões de governança corporativa” mundo afora relacionam-se com a diversificação de investimentos nacionais e estrangeiros e com a necessidade de segurança nos retornos financeiros no ambiente corporativo.

Recentemente foi editado no Brasil o Estatuto das Empresas Estatais – Lei 13.303, em 30 de junho de 2016, originária do Projeto de Lei no Senado Federal nº 555, de 2015, e do Projeto de Lei na Câmara dos Deputados nº 4.918, de 2016, que dispõe sobre o regime jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias, empresas controladas pelas empresas estatais e consórcios de empresas em que as estatais atuem na condição de operadora.

O Estatuto das Empresas Estatais regulamentou, com atraso de 16 anos, o art. 173, §1º da Constituição da República (com a redação dada pela EC 19/98)², numa tramitação legislativa apressada, como reflexo da “Operação Lava Jato”.

Em linhas gerais, a Lei 13.303/16 inaugura um regime jurídico geral aplicável às empresas estatais em todos os níveis da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), tendo sido regulamentada em nível federal pelo Decreto 8.945, em 27 de dezembro de 2016 e no âmbito dos Estados Federados por iniciativas de mesmo quilate³.

Esse novo regime jurídico trabalha em torno de duas ideias nucleares, que marcam a mescla de aspectos de direito público e aspectos de direito privado nas empresas estatais, a saber: (a) “publicização” das regras de governança corporativa, com restrição da liberdade estatal no

2 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

- I- sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
- II- a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
- III- licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
- IV- a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
- V- os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

3 Alagoas: Decreto 52.555, de 14.03.2017; Bahia: Decreto 17.302, de 27.12.2016; Ceará: Decreto 32.112, de 23.12.2016; Distrito Federal: Decreto 37.967, de 20.01.2017; Goiás: Decreto 8.801, de 10.11.2016; Mato Grosso: Decreto 793, de 28.12.2016; Minas Gerais: Decreto 47.105, de 16.12.2016, e Decreto 47.154, de 20.02.2017; São Paulo: Decreto 62.349, de 26.12.2016; Pará: Decreto 1.667, 27.12.2016; Paraíba: Decreto 37.337, de 12.04.2017; Paraná: Decreto 6.263, de 20.02.2017; Pernambuco: Decreto 43.984, de 27.12.2016; Rio de Janeiro: Decreto 45.877, de 29.12.2016; Rio Grande do Norte: Decreto 26.633, de 9.02.2017; Rio Grande do Sul: Decreto 53.433, de 17.02.2017; Santa Catarina: Decreto 1.007, de 20.12.2016; São Paulo: Decreto 62.349, de 26.12.2016; Sergipe: Decreto 30.623, de 27.04.2017.



provimento das posições de comando, aliada à imposição de deveres de transparência, eficiência e controle na gestão das empresas; (b) “privatização” do ambiente contratual, com o incremento da autonomia contratual e diminuição da unilateralidade na construção das relações com fornecedores e demais *stakeholders*.⁴

Esse movimento de imbricação do público e do privado no âmbito das empresas com participação estatal é, em terras portuguesas, destacado por Cunha Rodrigues, ao advertir que “dado que é o interesse público inerente à detenção de participações sociais públicas que legitima as exceções ao regime geral aplicável às sociedades comerciais, pode afirmar-se que emerge de ambos os regimes um direito comercial público ou publicizado ou um direito administrativo das sociedades comerciais”.⁵

No Supremo Tribunal Federal estão em curso duas ações de inconstitucionalidade sobre a lei das estatais brasileira, ambas de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowsky, que se insurgem contra esse novo regime. A ADI nº 5.624, movida pela Federação Nacional das Associações do Pessoal da CEF (Fenaee) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (Contraf/CUT), sustenta que a Lei 13.303/16 ofende a distribuição constitucional de competências legislativas e o princípio da separação dos poderes, porquanto estabelece regras mais restritivas às empresas estatais do que as vigentes para as empresas privadas; além disso, os autores reivindicam a interpretação conforme a Constituição para que as normas da referida lei sejam direcionadas, exclusivamente, às empresas públicas

4 FERRAZ, Luciano. *Novo Estatuto das Empresas Estatais e bilateralidade nos contratos*. <https://www.conjur.com.br/2016-set-15/interesse-publico-estatuto-empresas-estatais-bilateralidade-contratos>

5 RODRIGUES, Nuno Cunha. “Golden-shares” *As empresas participadas e os privilégios do estado enquanto accionista minoritário*. Lisboa: Coimbra Editora, 2004. p. 21.

e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica em sentido estrito, em regime de competição com o mercado.

Já a ADI nº 5.846, aviada pelo Partido Comunista do Brasil – PCdoB, dentre os fundamentos, pede a interpretação conforme a Constituição, para afirmar que a venda de ações das sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas exige prévia autorização legislativa sempre que se cuidar de alienação do respectivo controle acionário, em caráter cumulativo.⁶

Este artigo tem como foco apresentar os aspectos atinentes à “publicização” do regime de governança corporativa imposto pela Lei 13.303/16 às empresas estatais e suas subsidiárias no Brasil.

2. Antecedentes

Na década de 1930, os estudos de Berle e Means mostraram como as empresas americanas constituíam um sistema disperso de propriedade, originando conflitos entre administradores e acionistas decorrentes de situações de oportunismo gerencial, o que se convencionou considerar impulsionador da exigência de melhores práticas de governança⁷.

Tais preocupações transitaram para o âmbito das empresas estatais, as quais ainda representam fatia expressiva do mercado em diferentes

6 Particularmente, não vislumbro as inconstitucionalidades indicadas nas referidas ações como tive a oportunidade de discorrer no artigo *Novo estatuto das empresas estatais é constitucional*. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/interesse-publico-estatuto-empresas-estatais-constitucional>.

7 FILHO, Joaquim Rubens Fontes; PICOLIN, Lidice Meireles. Governança corporativa em empresas estatais: avanços, propostas e limitações. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro 42(6), nov/dez 2008, p. 1166.



países associados à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), conforme esclarecem Joaquim Filho e Lidice Picolin.⁸

Nesse sentido, La Porta, Lopez-de-Silanes e Shleifer analisaram os sistemas relativos às boas práticas de governança corporativa, na década de 1990, em 49 países distribuídos nos vários continentes, entre os quais nove na América Latina: Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Peru, Uruguai e Venezuela⁹.

Destacaram os autores que os resultados encontrados na amostra revelaram deficiência do ambiente institucional desses países – no que se refere ao conjunto de práticas de governança corporativa – e que tais práticas são as responsáveis por equilibrar os direitos dos acionistas majoritários com os dos acionistas minoritários, para além de fortalecer o mercado de capitais, reduzindo o prêmio de risco e desonerando a captação de recursos pela empresa.¹⁰

Para Campanário¹¹, essa noção de boa governança corporativa tornou-se mundialmente hegemônica na última década, embora o primeiro código de boas práticas tenha sido publicado nos Estados Unidos em

8 FILHO, Joaquim Rubens Fontes; PICOLIN, Lidice Meireles. Governança corporativa em empresas estatais: avanços, propostas e limitações. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro 42(6), nov/dez 2008, p. 1166.

9 FILHO, Joaquim Rubens Fontes; PICOLIN, Lidice Meireles. Governança corporativa em empresas estatais: avanços, propostas e limitações. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro 42(6), nov/dez 2008, p. 1166.

10 FILHO, Joaquim Rubens Fontes; PICOLIN, Lidice Meireles. Governança corporativa em empresas estatais: avanços, propostas e limitações. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro 42(6), nov/dez 2008, p. 1167.

11 CAMPANÁRIO, Milton de Abreu; MURITIBA, Sergio Nunes; MURITIBA, Patricia Morilha; RIBEIRO, Henrique César Melo. Governança corporativa em empresas públicas. *RACE*, Unoesc, v. 13, n. 2, p. 689-718, maio/ago. 2014. p. 693.

1978. Até 2008, verificou-se a edição de 64 novos códigos com conteúdo semelhante em diversos países.

No Brasil, o movimento de fortalecimento do ambiente corporativo seguiu definições propostas pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) e pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), focando no governo estratégico das empresas e na otimização do seu desempenho e proteção as partes interessadas.¹²

A Lei 13.303/16, em matéria de governança corporativa, consolida as já referenciadas recomendações do IBGC e iniciativas anteriores de auto regulação da BOVESPA, consoante os Regulamentos do Novo Mercado, Nível 1 e 2 de Governança Corporativa, tudo isso no sentido do fortalecimento da transparência e das práticas de *compliance* nas empresas estatais.¹³

3. Aspectos inovadores da Lei das Estatais

Com efeito, um dos pontos fortes da Lei 13.303/16 foi exatamente pormenorizar as regras de fiscalização e transparência na governança corporativa das empresas estatais, a fim de evitar conflitos de interesses e permitir controle tempestivo das decisões estratégicas. Segue-se,

12 FILHO, Joaquim Rubens Fontes; PICOLIN, Lidice Meireles. Governança corporativa em empresas estatais: avanços, propostas e limitações. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro 42(6), nov/dez 2008, p. 1169.

13 Entre janeiro de 2001 e de 2008, como reflexo desse processo, o valor de mercado das empresas nacionais cresceu mais de 500%, fruto da implementação de regras de níveis de governanças e de controles, o que denota a importância dessa tendência. (FILHO, Joaquim Rubens Fontes; PICOLIN, Lidice Meireles. Governança corporativa em empresas estatais: avanços, propostas e limitações. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro 42(6), nov/dez 2008, p. 1169).



no particular, o referencial teórico definido pela OCDE, traduzido nas seguintes diretrizes:

- o Definição adequada da qualidade de proprietário (transparência, profissionalismo, *accountability* e eficiência);
- o Tratamento equitativo dos acionistas controladores e minoritários;
- o Definição clara das relações travadas pelas empresas estatais com partes relacionadas;
- o Transparência e divulgação de resultados e informes em conformidade com os princípios da OCDE;
- o Responsabilidade dos conselhos de administração, órgãos máximos, na definição das diretrizes das empresas estatais.

Como requisitos de transparência, a lei das estatais prevê a elaboração de uma série de documentos fidedignos de divulgação aos acionistas e ao mercado, como por exemplo:

- o Elaboração de carta anual, subscrita pelo Conselho de Administração, com definição clara dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas;
- o Adequação do objeto social, estabelecido no estatuto, às atividades autorizadas na lei de criação da empresa estatal (função social da empresa);
- o Divulgação tempestiva e atualizada de informações;
- o Divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade;

- o Divulgação dos relatórios anuais de atividades de auditoria interna;
- o Carta anual de governança corporativa, para garantir informações relevantes, tais como atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, políticas e práticas de governança corporativa, descrição da composição e da remuneração da administração.

O compromisso legal com o reforço institucional das empresas estatais vem a reboque da definição de novos parâmetros de indicação dos gestores e conselheiros das empresas estatais e da criação de dois órgãos específicos. O Comitê Estatutário de Auditoria, com funções de assessoramento no controle da gestão a cargo do Conselho de Administração, e o Comitê de Elegibilidades, com o mister específico de verificar a conformidade do processo de indicação e de avaliação de dirigentes e conselheiros fiscais.

A partir da Lei 13.303/16 (ou do seu período de adaptação que termina no dia 30.06.18, conforme o caso), o preenchimento de determinados requisitos pelos dirigentes das empresas estatais é cogente – (a) reputação ilibada; (b) notórios conhecimentos; (c) formação acadêmica compatível; (d) experiência profissional –¹⁴, além do que impõem-se ve-

14 Como experiência profissional comprovada, a lei exige pelo menos uma das seguintes condições: (a) 10 anos, no setor público ou privado, na área de atuação da empresa estatal ou conexas, em nível diretivo; (b) 04 anos em cargo de diretor, de conselheiro de administração, de membro de comitê de auditoria ou de chefia superior em empresa de porte ou objeto social semelhante; (c) 04 anos em cargo em comissão ou função de confiança no setor público em funções de Direção ou Assessoramentos Superiores; (d) 04 anos em cargo de docente ou de pesquisador, de nível superior na área de atuação da empresa estatal; (e) 04 anos como profissional liberal em atividade vinculada à área de atuação da empresa estatal.



dações legais que devem ser observadas¹⁵, reduzindo significativamente a discricionariedade na escolha desses dirigentes.

Enfim, em nome da boa governança a lei e sua regulamentação estabelecem às empresas estatais a obrigação de instituírem ou revisarem suas políticas internas de atuação, a saber:

- Política de participações societárias proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio;
- Política de transações com partes relacionadas;
- Política de gestão de riscos, controles internos e integridade;
- Política e práticas governança corporativa;
- Política de distribuição de dividendos;
- Política de divulgação de informações;
- Política de indicação dos administradores e membros dos conselhos;
- Política de gestão de pessoas;
- Política de remuneração da administração;

15 As vedações impostas pela Lei 13.303/16 atingem: (a) representante do órgão regulador ao qual a empresa estatal está sujeita; (b) ministro de Estado, de Secretários Estadual e Municipal; (c) titular de cargo em comissão na administração pública estadual, direta ou indireta, sem vínculo permanente com o serviço público; (d) dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente federativo, ainda que licenciado; (e) participante de estrutura decisória de partido político ou campanha eleitoral (últimos trinta e seis meses); (e) ocupante de cargo em organização sindical; (f) contratados ou parceiros da estatal (nos últimos três anos); (g) pessoas que apresentem conflito de interesse com a estatal e com a pessoa político-administrativa controladora da empresa estatal; (h) “ficha suja” (Lei Complementar Federal nº 64, de 18 de maio de 1990).

4. Síntese Conclusiva

A Lei 13.303/16 (Lei das Estatais) regulamentou o art. 173, §1º da Constituição Brasileira, cobrindo um vácuo legislativo de mais de uma década e meia. A par das disposições sobre licitações e contratos, a lei estabeleceu disposições obrigatórias sobre organização corporativa e provimento de cargos, mercê de um movimento mundial de fortalecimento da governança nas empresas em geral.

Esse fortalecimento passa pelo aprimoramento do conjunto normativo e estrutural das empresas estatais brasileiras, pela ampliação da transparência e pela profissionalização dos respectivos quadros, aspectos explorados ao longo dos parágrafos deste ensaio.

De qualquer forma – e a despeito das intenções do legislador – a verdadeira mudança ainda está por vir. É imprescindível que as empresas estatais efetivamente se transformem em corporações a serviço dos acionistas, do Estado e da sociedade, com a missão de compatibilizar a geração de dividendos com os interesses públicos que justificaram sua criação.

5. Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*, São Paulo: Forense, 2017.

_____. As agências regulamentadoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista dos Tribunais*, a. 90, abr. 2001, v. 786.



CAMPANÁRIO, Milton de Abreu; MURITIBA, Sergio Nunes; MURITIBA, Patricia Morilha; RIBEIRO, Henrique César Melo. Governança corporativa em empresas públicas. *RACE*, Unoesc, v. 13, n. 2, p. 689-718, maio/ago. 2014.

CONTRIM NETO, Alberto Bitte. *Da natureza jurídica das subsidiárias de empresas estatais*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1976. 18p. *Revista de Direito Administrativo*. n. 128, p. 675-689, abr.-jun., 1977.

COSTA, Moacir Lobo da. Parecer. *Revista de direito administrativo*. v. 92, p. 406.413, abr.-jul., 1968. p. 406.

DALLARI, Adilson Abreu. Fundações privadas instituídas pelo poder público. *Revista de Direito Público*. 96:51.

DIAS, José Luciano de Mattos. Petrobras organização e subsidiárias. *Revista de Administração Pública*. v. 27, n.1, p. 47-68, jan.-mar., 1993.

FERRAZ, Luciano. Principais apontamentos acerca das sociedades de economia mista. *Revista do Tribunal de Contas*, n. 26, jun.-dez. 1996, Lisboa.

_____. *Novo estatuto das empresas estatais e bilateralidade nos contratos*. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-15/interesse-publico-estatuto-empresas-estatais-bilateralidade-contratos>.

_____. *Novo estatuto das empresas estatais é constitucional*. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/interesse-publico-estatuto-empresas-estatais-constitucional>.

_____. *Lei das estatais e seu período de transição: estudo de caso em MG*. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-27/interesse-publico-lei-estatais-periodo-transicao-estudo-mg>.

_____. *Regulamentação da lei das estatais coloca em xeque posição da CVM*. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-02/interesse-publico-regulamentacao-lei-estatais-coloca-xeque-posicao-cvm>.

_____. 2018 será o último ano das “velhas” empresas estatais? 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-18/interesse-publico-2018-ultimo-ano-velhas-empresas-estatais>.

FERREIRA, Sérgio Andréa. Sociedade de economia mista e sociedade subsidiária: regime jurídico dos contratos por ela celebrados: alteração contratual: consequências. *Revista Forense*, v. 358. p. 201.

FILHO, Joaquim Rubens Fontes; PICOLIN, Lidice Meireles. Governança corporativa em empresas estatais: avanços, propostas e limitações. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro 42(6): 1163-88, nov/dez 2008.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). *Estatuto das empresas estatais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. *Teoria jurídica da privatização: fundamentos, limites e técnicas de interação público-privada no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades mistas, empresas públicas e regime de direito público. *Revista de Direito Público*, 97:29.

MODESTO, Paulo. As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da Administração Pública. 2007. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>.



MOREIRA, Egon Bockmann. As agências executivas brasileiras e os “contratos de gestão”. *Revista dos Tribunais*, a. 92, ago. 2003, v. 814, p. 11-25.

NEVES, José Roberto de Castro. Considerações jurídicas acerca das agências reguladoras e o aumento das tarifas públicas. *Revista dos Tribunais*, a. 93, mar. 2004, v. 821, p. 99-114.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. As sociedades de economia mista e as empresas estatais perante a Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 1989, abr.-jun, 102:55.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

RESENDE, António José Calhau de. A sociedade de economia mista no direito francês. *Revista do Tribunal de Contas*, n. 26, 1996, Lisboa.

RODRIGUES, Carlos Alexandre. Sobre a falência das empresas públicas e sociedades de economia mista, em face da nova Lei de Falências. *Revista dos Tribunais*, a. 94, maio 2005. v. 835, p. 11-32.

RODRIGUES, Nuno Cunha. “Golden-shares” *As empresas participadas e os privilégios do estado enquanto accionista minoritário*. Lisboa: Coimbra Editora, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. Alienações de ações, subsidiária integral de sociedade de economia mista; aplicação do regime jurídico de direito privado; desnecessidade de autorização legislativa. *Boletim de Direito Administrativo*. 11-95/666.

STUBER, Douglas Walter. Natureza jurídica da subsidiária de sociedade de economia mista. *Revista de Direito Administrativo*. 150:18-34.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *O Estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*, São Paulo: Almedina, 2017.

_____. Natureza jurídica das subsidiárias de sociedade de economia mista. *Revista de Direito Administrativo*, v. 150, out./dez. 1982, p. 18.

TÁCITO, Caio. As empresas estatais no direito brasileiro. In: TELLES, Antônio A. Queiroz; ARAÚJO, Edimir Netto de (coords.). *Direito Administrativo na década de 90: estudos jurídicos em homenagem ao prof. José Cretella Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Sociedade de economia mista e empresa pública; subsidiária; sociedade controlada; direitos dos acionistas; política de privatização. *Revista Forense*, v. 326, abr./mai./jun. 1994. p. 159-165.

_____. Sociedade de economia mista subsidiária: contratos. *Boletim de Licitações e Contratos*. v. 16, n. 10, p. 678-683, out. 2003.

TOURINHO, Rita. As empresas estatais e a revogação do artigo 242 da Lei n. 6404/76. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 9, Salvador, 2007.

WALD, Arnaldo. O controle político sobre as agências reguladoras no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, a. 94, abr. 2005, v. 834, p. 84-98.



O princípio da cooperação leal, a autonomia organizativa e o bom governo administrativo

RUI TAVARES LANCEIRO

Resumo:

O presente estudo tem como objecto a apresentação do princípio da cooperação leal como norma condicionante do bom governo administrativo e a sua relação com a autonomia organizativa do Estado. Começa por traçar o enquadramento geral das condicionantes dessa autonomia para, num segundo momento, apresentar o referido princípio. Para tal explica-se o seu fundamento normativo, quer objectivo, quer subjectivo, e o seu âmbito de aplicação: as relações inter-administrativas não reguladas por posições de supra ou infra-ordenação. Posteriormente, desenvolve-se o conteúdo normativo do princípio. Propõe-se que este conteúdo seja que: *no exercício da actividade administrativa, a Administração Pública deve agir de forma a garantir a coerência e a eficiência da sua actuação e a efectiva realização dos seus fins.*

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador Principal do Centro de Investigação de Direito Público. Assessor do Gabinete de Juizes do Tribunal Constitucional

Palavras-Chave: autonomia organizativa; bom governo; administração pública; cooperação leal; relações inter-administrativas.

Abstract:

The objective of the present article is the presentation of the principle of sincere cooperation as a binding rule of good administrative governance and its relation with the organizational autonomy of the State. It begins by outlining the general framework of the constraints of this autonomy and, in a second moment, presents the principle of sincere cooperation. The article explains the principle's normative basis, both objective and subjective, and its scope of application: inter-administrative relations not regulated by positions of superior or infra-ordination. Subsequently, the normative content of the principle is developed. The proposition made in the article is that this content should be that in the exercise of administrative activity, the Public Administration must act in such a way as to ensure the coherence and efficiency of its action and the effective realization of its purposes.

Key-words: organizational autonomy; good governance; public administration; sincere cooperation; inter-administrative relations.

Sumário:

- a) Considerações gerais; b) O princípio da cooperação leal na actuação administrativa – fundamento e âmbito; c) O conteúdo normativo do princípio da cooperação leal



A) Considerações gerais

1. No contexto do Direito Administrativo, a autonomia organizativa de um Estado compreende o seu poder soberano de criar, extinguir e alterar entidades administrativas, distribuindo as respectivas atribuições, bem como o poder de regular a organização interna destas entidades, atribuindo competências aos seus órgãos, definindo a organização institucional da sua Administração Pública. No âmbito do presente estudo, duas questões surgem neste âmbito.

Por um lado, a crescente complexidade do Estado administrativo moderno, cuja organização administrativa deve dar resposta à extensa lista de atribuições e interesses públicos que deve proteger e promover, o que tem como consequência uma multiplicação de entidades administrativas, com regimes jurídicos diferentes e graus diferentes de autonomia administrativa. A regulação das relações entre a crescente “constelação” de entidades administrativas é um desafio do Direito Administrativo hodierno, especialmente à luz do objectivo de alcançar um bom governo administrativo.

Por outro lado, o Estado encontra-se crescentemente condicionado nesta autonomia organizativa a vários níveis. Os limites ou condicionamentos podem ser de ordem prática, política e jurídica.

2. As condicionantes de ordem prática estão relacionadas com o enquadramento fáctico do Estado – a sua localização geográfica, as características físicas do seu território e da sua população e os recursos disponíveis – e as necessidades daí decorrentes. A organização administrativa de um Estado arquipelágico ou com uma população envelhecida é necessariamente distinta da existente num Estado que não tem acesso ao mar ou com uma população muito jovem. A necessidade de gestão de recursos escassos (sejam financeiros, temporais ou territoriais) é também central

neste domínio, pois condiciona as respostas organizacionais possíveis às necessidades decorrentes dos interesses públicos a prosseguir.

As condicionantes de ordem política estão relacionadas com as opções ideológicas de uma determinada maioria parlamentar, que podem favorecer uma certa forma de organização administrativa – mais ou menos complexa, descentralizada, ou desconcentrada.

Por fim, existem casos de (auto) condicionamento jurídico da autonomia organizativa do Estado que podem ter origem no Direito Constitucional, no Direito Internacional ou no Direito da UE. Efectivamente, as vinculações jurídicas do Estado podem limitar a sua autonomia organizativa impondo a existência de uma determinada entidade administrativa, por vezes também delineando o regime jurídico que lhe será aplicável (ou alguns aspectos desse regime).

Tal ocorre, desde logo, quando o artigo 39.º da Constituição prevê a existência de uma entidade administrativa independente para assegurar a regulação dos meios de comunicação social.

Um exemplo deste condicionamento pela ordem jurídica internacional pode encontrar-se na Convenção que constituiu a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), de 16 de Novembro de 1945, que prevê no seu artigo VII a existência de comissões nacionais, como órgãos consultivos dos Estados membros e como agentes para a disseminação no terreno das políticas e das iniciativas aprovadas no seio da Organização. Posteriormente, no artigo IV da Carta das Comissões Nacionais para a UNESCO adoptada na 20.ª Conferência Geral, que Portugal também votou, são definidas as “responsabilidades” dos Estados membros relativamente às Comissões Nacionais, é estabelecido que «cabe a cada Estado-membro, em conformidade com o Artigo



VII do Ato Constitutivo, dotar a sua Comissão Nacional do estatuto, das estruturas e dos recursos que lhe são necessários para que possa cumprir eficazmente as suas responsabilidades para com a UNESCO e para com o Estado-membro». É neste contexto que Portugal, após ter aderido à UNESCO, criou a Comissão Nacional da UNESCO, a funcionar no âmbito do Ministério dos Negócios Estrangeiros, pelo Decreto-Lei n.º 218/79, de 17 de Julho. Tendo entrado em funções em 1981, encontra-se hoje prevista no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 121/2011, de 29 de Dezembro, que aprova a Orgânica do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

Um exemplo de condicionamento de regime jurídico aplicável pode ser retirado do tratamento dos bancos centrais nacionais dos Estados-Membros pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), em especial no seu artigo 130.º

3. No entanto, o condicionamento da autonomia organizatória dos Estados pode ocorrer de forma mais genérica, através da previsão de princípios jurídicos que o vinculam na sua actuação. É neste contexto que surge o princípio da cooperação leal que é objecto do presente estudo.

b) O Princípio da Cooperação Leal na actuação administrativa – fundamento e âmbito

4. O fenómeno da “*desmultiplicação*” ou “*fragmentação*” do Estado em diversos entes públicos com personalidade jurídica própria² tem

² Cfr. M. DA GLÓRIA GARCIA, *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*, pp. 346 ss. e 394; P. OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, pp. 423 ss.; IDEM, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, 2003, pp. 139 ss., 162 ss.

como consequência o aumento exponencial das relações administrativas, de vários tipos, que se podem estabelecer entre si (ou, visto de um outro prisma, entre os órgãos dessas entidades) e uma complexificação geral das relações interadministrativas num determinado ordenamento jurídico. Efectivamente, a inserção deste conjunto plurifacetado de pessoas jurídicas no âmbito da administração pública implica a existência de um conjunto complexo e diverso de relações jurídicas interadministrativas³. No âmbito destas relações pode surgir conflitualidade, desde logo porque a personalização da administração pública reforçou o seu pluralismo gerando tensões entre as entidades e os fins públicos por si prosseguidos. Cabe à ordem jurídica fornecer critérios de resolução destas situações de conflito ou tensão, através dos regimes jurídico-administrativos aplicáveis. O regime que regula essas relações pode variar, em larga medida, tendo em conta o tipo de relação em causa.

O legislador pode, desde logo, estabelecer critérios para determinar a competência para a condução do procedimento, tentando precaver situações de conflitos de posições ou de interesses públicos prosseguidos pelas diversas entidades intervenientes, através do estabelecimento de relações de *supra* e *infra* ordenação, quer relativamente a um procedimento administrativo em concreto, quer relativamente à actuação administrativa em geral das entidades em causa. Essas realidades escapam ao âmbito de aplicação do princípio da cooperação leal.

5. Efectivamente, este princípio não se aplica quando se verificarem relações de hierarquia entre órgãos administrativos. O regime decorren-

³ Cfr. M. DA GLÓRIA GARCIA, *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*, p. 299; IDEM, *Direito das Políticas Públicas*, Almedina, 2009, p. 94; P. OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, pp. 422-424.



te do estabelecimento de relações hierárquicas⁴ é de *supra* e *infra* ordenação, caracterizado pela existência de poderes de direcção e de deveres de obediência que podem mesmo ter como consequência a invalidade do acto público emitido de forma desconforme com as regras decorrentes dessa relação. Trata-se de um regime típico das relações interorgânicas – onde é necessário garantir unidade de acção dentro de uma mesma pessoa colectiva –, embora existam outros tipos de relação⁵. Nos espaços sujeitos a relações hierárquicas, não faz sentido a aplicação de conteúdos normativos de cooperação, uma vez que os deveres e obrigações decorrentes da hierarquia administrativa são mais abrangentes, consumindo o conteúdo típico da obrigação de cooperação, ou seja, a exigência de adopção de comportamentos de respeito mútuo e de auxílio recíproco entre as entidades abrangidas pelo seu âmbito de aplicação.

Mas existem vastos espaços na organização jus-administrativa não sujeitos a relações de hierarquia (ou a um eventual poder de direcção excepcionalmente previsto na lei à margem da referida hierarquia). Nesses casos, a relação entre as entidades administrativas em causa – entre pessoas colectivas (interpessoal) ou órgãos administrativos (interorgânica) – pode ser de diversos tipos. Aqui se incluem relações que podem ainda pressupor a existência de um determinado grau de *supra* e *infra* ordenação entre os órgãos em causa, embora juridicamente mais fraco do que a hierarquia, como no caso de relações de superintendência e

4 Sobre a hierarquia administrativa, cfr., *v.g.*, M. CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2005, p. 245; D. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Almedina, 2014, pp. 806 ss.; P. OTERO, *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*, Coimbra Editora, 1992, pp. 25 ss.

5 Cfr. M. REBELO DE SOUSA/ A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, t. I, Dom Quixote, 2004, pp. 145 ss.; P. OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, 2013, p. 425.

de tutela⁶. Os casos em que estas vinculações sejam consideravelmente fortes podem ser descritos como relações quase-hierárquicas. Nas relações interorgânicas, dentro de uma mesma pessoa colectiva, é também comum o estabelecimento de relações de coordenação, que também podem ser analisadas a esta luz⁷. Nestes casos, na medida em que o regime jurídico fornece um critério de partida para a determinação dos espaços de autonomia e vinculação da actuação de uma entidade administrativa face a outra, não se justifica igualmente a aplicação do princípio da cooperação leal, pois os deveres e obrigações dele resultantes serão menos abrangentes do que as que já resultam do regime legal aplicável.

Existindo uma superioridade jurídica de uma das entidades, através de vínculos de natureza hierárquica ou quase-hierárquica, será a sua vontade funcional ou o interesse público por si prosseguido que prevalecerá. Nessa situação, não tem sentido a mobilização do princípio da cooperação, na medida em que a densidade normativa dos deveres resultantes desses vínculos – e a possibilidade do controlo do seu respeito – ultrapassa a decorrente deste último.

Na ausência de relações hierárquicas (como dicotomias legalmente estabelecidas de poder de direcção / dever de obediência), de superintendência ou tutela, ou de deveres mais gerais de *supra* e *infra* ordenação, é necessário encontrar um princípio jurídico aplicável para regular a interacção entre as entidades administrativas dentro de um determinado procedimento de tomada de decisão ou da sua actuação administrativa em geral. É aqui que encontra aplicação o princípio da cooperação leal

6 Cfr. P. OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, p. 423.

7 Cfr. P. OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, p. 425.



– com o objectivo de assegurar a articulação, a coerência e a não contra-dição da actuação destas entidades, bem como apoiar a prossecução dos objectivos da administração e a produção efectiva dos efeitos das suas decisões⁸. É neste contexto que se pode falar de relações de consensualização, de coadjuvação ou de cooperação⁹. Uma relação de cooperação interadministrativa pressupõe que as entidades públicas em causa assumam uma posição não subordinada ou subordinante relativamente às restantes entidades (e, logo, a inexistência de poderes desse tipo), ou seja, se encontrem em igualdade jurídica. Isto implica a inexistência de poderes de imposição da vontade de uma das entidades às restantes ou de limitação das competências respectivas. Face a uma destas situações, o regime aplicável fornece um critério para determinar a forma de conjugação da actuação das entidades em presença e para a resolução de conflitos entre vontades funcionais ou interesses públicos prosseguidos.

6. Este princípio é, pois, aplicável às relações interadministrativas, mais especificamente às relações entre entidades administrativas (ou que exercem a função administrativa, no âmbito dessa função), ou seja, às relações entre dois pólos da administração (pessoas colectivas – relações intersubjectivas –, ou os seus órgãos – relações interorgânicas) – quando essa relação se situe fora ou para além de uma vinculação funcional de entidades face a outras (ou de superioridade jurídica de entidades face a outras), ou seja, de *supra* ou *infra* ordenação de entidades administrativas, na relação em causa. O conteúdo normativo deste princípio implica a ausência de regras de supre-

⁸ Sobre a necessidade de coerência, cfr. M. DA GLÓRIA GARCIA, *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*, Almedina, 2007, pp. 346 ss. e 394.

⁹ Cfr. P. OTERO, *O poder de substituição em Direito Administrativo*, vol. II, Lex, 1995, pp. 439 ss.

macias estabelecidas de actuação conjunta e de resolução de conflitos entre as entidades em causa e os interesses públicos por si prosseguidos.

Assim é, porque a estrutura interna complexa das pessoas colectivas públicas (em especial do Estado) implica que terá de se aceitar a constituição e existência de relações não só entre as instituições (ou entidades dotadas de personalidade jurídica) mas também entre os seus órgãos¹⁰. Para este efeito, é adoptada a concepção de função administrativa segundo a qual «*administrar é (...) satisfazer, com continuidade e regularidade, os interesses públicos da comunidade definidos primariamente pela função legislativa num determinado momento temporal*» - abrangendo a administração ablativa ou agressiva, a administração de prestação e infra-estrutural, visando, «*activa e permanentemente, prosseguir os interesses públicos contingentes fixados na Constituição e na lei*» e desenvolvendo-se «*com fundamento em normas jurídicas que, por vezes, podem consubstanciar meras normas de competência atributivas de um espectro particularmente amplo de acção administrativa na definição e consequente satisfação desses interesses públicos definidos*»¹¹.

Sob este ponto de vista, o princípio configura-se especialmente como um princípio procedimental, cuja aplicação depende do modelo de organização administrativa adoptado, fornecendo pistas para a prevenção e resolução de conflitos interadministrativos e para a formação de deci-

¹⁰ Cfr. A. LEITÃO, *Contratos interadministrativos*, Almedina, 2011, pp. 29-31; V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no divã da psicanálise*, 2.ª ed., Almedina, 2009, p. 274.

¹¹ Cfr. P. MONIZ LOPES, *Princípio da boa fé e decisão administrativa*, Almedina, 2011, p. 121. Cfr. também R. EHRHARDT SOARES, *Direito Administrativo*, policopiado, Coimbra, 1978, pp. 45 ss.; M. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, 1984, p. 38; P. MACHETE, *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, Almedina, 2007, pp. 430 ss.; M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral*, t. I, p. 47.



sões administrativas que tenham em conta diversas vertentes do interesse público ou os diversos interesses públicos¹² presentes. De facto, o interesse público não é um conjunto uniforme, abrangendo estruturalmente diversos tipos de interesses. A referência, no plural, a interesses públicos, neste contexto, pretende abarcar os seus dois significados possíveis: os diversos fins e objectivos compreendidos num determinado interesse público e os interesses de diferente tipo (nacional, regional, local)¹³.

O princípio da cooperação leal está, assim, associado ao funcionamento das estruturas complexas de tomada de decisão e de actuação administrativas – no sentido de serem descentralizadas ou multipolares – com vários níveis de actuação e a participação de diversos pólos¹⁴. Está, pois, ligado à emergência de um “Estado de cooperação” (*Kooperationsstaat*), em especial da necessidade de cooperação entre as diversas comunidades e entidades que integram um Estado em sentido lato resultante da interpenetração das competências entre diferentes pessoas colectivas ou diferentes centros de poder público¹⁵. A esta pluralidade institucional corresponde um pluralismo de interesses públicos a ser prosseguidos pelos diversos actores. A pluralidade de interesses públicos tem repercus-

12 Adopta-se a noção de “interesse público” como aquele «que é qualificado, a nível normativo superior, como manifestação directa ou instrumental das necessidades fundamentais de uma comunidade política cuja realização é atribuída, ainda que não em exclusivo, a entidades públicas», cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “Interesse público”, in DJAP, vol. V, 1993, p. 275.

13 Cfr. A. LEITÃO, *Contratos interadministrativos*, pp. 61-62; P. MOOR, “Définir l’intérêt public: une mission impossible?”, in *Le partenariat public-privé: un atout pour l’aménagement du territoire et la protection de l’environnement?*, PPUR, 1994, pp. 217-235, p. 232.

14 Cfr. M. LUÍSA DUARTE, *Direito da União e das Comunidades Europeias*, vol. I, t. I, Lex, 2001, p. 217.

15 Cfr. L. OCAÑA, “Una teoría de la cooperación”, in *Documentación administrativa*, n.º 240, 1994, p. 53.

sões na organização administrativa, uma vez que acaba por fundamentar a repartição de competências e atribuições entre entidades públicas¹⁶.

A polarização de centros de decisão, que decorre da existência de diversas legitimidades – nomeadamente de nível territorial – contribui para a constituição e proliferação de modelos consensualizados de actuação administrativa, onde se incluem os instrumentos de cooperação. Um dos instrumentos (o melhor instrumento) para tentar diminuir estas tensões garantindo uma ordem jurídica una, no respeito pela autonomia das diversas entidades, é o princípio da cooperação leal. Assim, a aplicação deste princípio tem uma tendência de expansão crescente, tornando-se central da actividade administrativa.

7. O princípio da cooperação leal encontra consagração quer ao nível do ordenamento jurídico português, na Constituição, quer ao nível do ordenamento jurídico da UE, nos Tratados.

A exigência de coerência de actuação entre entidades públicas deve ser vista como intrinsecamente decorrente da inserção de uma determinada entidade num ordenamento jurídico¹⁷. De facto, na medida em que uma entidade pública existe e actua num determinado contexto, prosseguindo fins que são juridicamente identificáveis como os fins legitimamente e normativamente estabelecidos como pertencentes a determinada comunidade, com um certo quadro de atribuições e competências, esta entidade está comprometida com uma actuação que respeite a prossecução dos restantes fins dessa comunidade, por outras entidades, de acordo com as respectivas atribuições e competências.

16 Cfr. A. LEITÃO, *Contratos interadministrativos*, pp. 61-62.

17 Cfr. M. DA GLÓRIA GARCIA, *Direito das Políticas Públicas*, Almedina, 2009, pp.168-169.



As entidades públicas, obrigadas à prossecução de fins públicos e limitadas e legitimadas pelo princípio da legalidade, devem cooperar entre si de forma a maximizar a efectiva produção de efeitos das respectivas actuações, alcançando o melhor resultado possível em termos de concretização dos seus objectivos, bem como de forma a evitar actuações contraditórias, por parte de duas ou mais entidades públicas, sujeitas ao mesmo quadro legal.

A administração, corporizada nas suas diversas entidades (pessoas colectivas, ministérios, órgãos) não deve actuar de forma contraditória, sob pena de comprometer essa actuação – a boa administração¹⁸. Nessa medida, as entidades administrativas devem prosseguir os interesses públicos de forma coerente, eficiente e efectiva. Estes são os objectivos do princípio da cooperação leal que, ao propiciar a circulação de informação entre as entidades administrativas e a entreaduda entre si, permite: *i*) assegurar uma unidade (ou, pelo menos, uma tendencial coerência) de actuação¹⁹; *ii*) otimizar a correcção (material e jurídica) da decisão administrativa – *i.e.*, a sua eficiência²⁰; e *iii*) potenciar a sua efectiva produção de efeitos (ou do maior número possível de efeitos) – *i.e.*, a sua efectividade²¹.

18 Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, Coimbra Editora, 2010, pp. 805-815, pp. 809-810.

19 Cfr. M. JESTAEDT, “*Bundesstaat als Verfassungsprinzip*”, in *Handbuch des Staatsrechts*, vol. II, 3.ª ed., J. Isensee / P. Kirchhof (coord.), C.F. Müller, 2004, pp. 785-842; W. RUDOLF, “*Kooperation im Bundesstaat*”, in *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VI, 3.ª ed., J. Isensee / P. Kirchhof (coord.), C.F. Müller, 2008, pp. 1005-1048.

20 Alcançando a melhor decisão possível, tendo em conta a racionalização dos recursos públicos utilizados. Cfr. C. FERNANDES CADILHA/ A. CADILHA, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, Almedina, 2013, pp. 37 ss.; J. LOUREIRO, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares. (algumas considerações)*, Coimbra Editora, 1995, pp. 14 ss.

21 Cfr. W. ERBGUTH, “Art. 35 Rechts- und Amtshilfe, kompetenzüberschreitendes Zusammenwirken bei Notfällen”, in *Grundgesetz: GG Kommentar*, M. Sachs (ed.), C.H. Beck, 2009, pp. 1157-1168, p. 1158.

8. O princípio de cooperação leal pode ser visto, assim, como uma decorrência da exigência de prossecução do interesse público e do princípio da imparcialidade²².

O princípio da imparcialidade postula, entre outras coisas, uma obrigação de ponderação de todos os interesses relevantes pela administração²³. Concretamente, enquanto limite interno da discricionariedade do decisor administrativo, o princípio da imparcialidade, na sua vertente positiva, determina de forma heterónoma que sejam considerados e incorporados na ponderação todos aqueles interesses que forem relevantes, de modo a que o decisor chegue a uma ponderação completa²⁴. Ora, para evitar o défice de ponderação, é fundamental assegurar que os órgãos decisores tomem em devida conta a informação que pode ser prestada por outras autoridades administrativas com uma posição privilegiada em razão da natureza da questão ou dos interesses públicos por si prosseguidos. É neste âmbito que se pode considerar que o princípio da cooperação leal é uma decorrência do princípio da imparcialidade. De facto, a obrigação de cooperação vincula as entidades, ao actuar, a prosseguir o interesse público tomado na sua globalidade – na medida em que devem respeitar e tomar em conta os interesses públicos prosseguidos por outras entidades. Existe uma contínua exigência de ponderação

22 Cfr. D. DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade como Parâmetro Decisório*, Almedina, 1996, pp. 154 ss.

23 Cfr., v.g., D. DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação*, 375 ss.; J. M. SÉRVULO CORREIA, “Os princípios constitucionais da administração pública”, in *Estudos sobre a Constituição*, J. Miranda (coord.), vol. III, Ed. Petrony, 1979, pp. 661-688, p. 680.

24 Cfr. D. DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação*, pp. 450-451; A. DUARTE DE ALMEIDA, *A função das medidas preventivas e a liberdade de conformação dos planos urbanísticos*, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, policopiado, 1995, pp. 79-100; D. FREITAS DO AMARAL, *Curso*, vol. II, pp. 158 ss.; M. REBELO DE SOUSA/ A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, t. I, pp. 209-210.



dos vários interesses que possam estar em presença nos procedimentos decisórios – o que implica a necessidade de ouvir as entidades que estão legalmente encarregues de os prosseguir – bem como de informação alargada e conhecimentos aprofundados sobre a realidade²⁵. A complexificação do procedimento de tomada de decisão é também uma decorrência da pluralidade de entidades públicas, com diversos graus de autonomia, que devem prosseguir fins próprios e interesses públicos específicos. Os conflitos interadministrativos decorrentes da prossecução de fins e atribuições diferentes por diferentes pessoas colectivas devem ser resolvidos – sempre que possível – *a priori* e no interior da mesma Administração²⁶. É, assim, necessário gerir – ou mesmo «*pilotar*»²⁷ – um processo de tomada de decisão complexo, numa perspectiva material e numa perspectiva institucional, com diferentes intervenientes, heterogéneo.

Por outro lado, o princípio da prossecução do interesse público não pode ser dissociado da preocupação em assegurar que as decisões administrativas são efectivamente aplicadas, bem como a optimização dos resultados²⁸ (princípio da efectividade) – que apenas através do dever geral de cooperação é garantido, pois, caso contrário, a prossecução do interesse público por uma entidade pública pode ser comprometido por actuações de outras entidades públicas.

25 Cfr. C. CALLIESS, *Rechtsstaat und Umweltstaat: zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsverhältnisse*, Mohr Siebeck, 2001, pp. 345 ss.; M. DA GLÓRIA GARCIA, *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*, p. 299; Idem, *Direito das Políticas Públicas*, p. 94.

26 Cfr. P. OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, pp. 422-424

27 Na feliz expressão de M. DA GLÓRIA GARCIA, *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*, p. 351.

28 Cfr. C. CALLIESS, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, pp. 345 ss.; M. DA GLÓRIA GARCIA, *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*, p. 299.

9. Mas o princípio da cooperação também está relacionado com o direito dos cidadãos de obter uma posição única e coerente por parte do Estado²⁹. Nesta vertente, o princípio da cooperação leal pode ser considerado um corolário dos princípios da segurança jurídica e da tutela da confiança e, nessa medida, do princípio do Estado democrático de Direito e do princípio da tutela da dignidade humana.

Todos os cidadãos devem poder esperar que a actuação e os actos de uma entidade da administração não sejam contrariados ou esvaziados de conteúdo por uma outra entidade administrativa, através da sua acção ou abstenção, sob pena de criação de um sentimento de insegurança, face ao Estado e face a si mesmas, e de falta de efectividade dos seus direitos e interesses – o que atentaria contra a sua própria dignidade enquanto pessoas. Face à crescente policentralidade da decisão administrativa, a garantia de uma actuação coerente por parte do Estado é um dos elementos que permite aos seus cidadãos sentir segurança. É também uma decorrência do princípio da igualdade, que não se compadeceria com tratamentos discriminatórios por parte de sectores distintos de uma mesma administração face a actuações idênticas dos particulares, sem que exista fundamento para esse tratamento e, que este se restrinja à medida da diferença das situações.

A exigência de uma actuação coerente, eficiente e efectiva das entidades públicas no exercício da função administrativa, que decorre desta perspectiva, fundamenta o reconhecimento de um princípio da cooperação leal entre estas entidades.

29 Sobre a estreita relação entre a concretização de direitos e a organização administrativa, cfr. M. DA GLÓRIA GARCIA, “*Organização administrativa*”, in *DJAP*, vol. VI, ed. de Autor, 1994.



10. O princípio da cooperação leal e os deveres de actuação coerente e abstenção de actuação contraditória que lhe estão associados decorrem, por um lado, de uma vertente objectivista de prossecução do interesse público e de imparcialidade, bem como de segurança jurídica, e, por outro lado, de uma vertente subjectivista de tutela da confiança dos particulares na actuação das entidades administrativas. O seu conteúdo autónomo e original resulta da conjugação destas duas vertentes, não podendo ser confundido com nenhuma delas em particular, e é instrumental face à exigência de coerência por parte do Estado.

O princípio da cooperação leal incide sobre a actuação das entidades administrativas, na medida em que se relacionam ou interagem com outras, na ausência de relação de hierarquia, envolvendo geralmente uma correspondência recíproca, tendo em vista a prossecução das respectivas atribuições e competências. Este princípio está relacionado, assim, com a organização administrativa ou funcional (estrutural) de um determinado ordenamento. Na medida em que existam pessoas colectivas públicas (ou privadas, funcionalmente incluídas na prossecução de funções administrativas) que detenham um certo nível de autonomia relativamente a outras, sendo expectável um nível de coerência da sua actuação, aí é convocável o princípio da cooperação leal. No entanto, o seu objecto não condiciona a criação ou extinção destas entidades ou o seu grau de autonomia, incidindo sobre as suas relações. Como enunciado jurídico, o princípio da cooperação associa entidades com atribuições ou competências jurídicas diferenciadas, relacionadas de forma não-hierárquica, estabelecendo entre elas uma vinculação comum, essencialmente teleológica, exigindo, desta forma, a sua actuação conjunta ou coerente³⁰,

³⁰ Cfr. M. LUÍSA DUARTE, *Direito da União e das Comunidades Europeias*, vol. I, t. I, Lex, 2001, p. 215; J. TAJADURA TEJADA, *El principio de cooperación en el Estado Autonómico*, Comares, 3.ª ed., 2010, p. 25.

tendo em conta um determinado fim ou objectivo comum. O objectivo é evitar competição ou concorrência entre as entidades em causa – garantindo que se auxiliam mutuamente, no respeito da sua autonomia na prossecução das respectivas atribuições³¹. A sua aplicação é condicionada pela organização administrativa existente e condiciona-a.

c) O conteúdo normativo do princípio da cooperação leal

11. O princípio da cooperação leal tem como conteúdo normativo a exigência de coerência e não contradição da actuação da administração e a proibição de causar obstáculos à produção efectiva dos efeitos das decisões administrativas e à concretização dos objectivos da actuação da administração, bem como o dever de apoiar essa actuação. Daqui, resultam obrigações de adopção de comportamentos de respeito mútuo e de auxílio recíproco entre as entidades abrangidas pelo seu âmbito de aplicação. Trata-se, por definição, de um princípio que se aplica na esfera de relações entre entidades distintas e autónomas no contexto de uma administração pública multipolar.

É possível enunciar o conteúdo normativo deste princípio da seguinte forma: *no exercício da actividade administrativa, a Administração Pública deve agir de forma a garantir a coerência e a eficiência da sua actuação e a efectiva realização dos seus fins*. De facto, como princípio, a cooperação tem em vista, fundamentalmente, a coerência da actuação das diferentes entidades públicas –, que pode ser alcançada por várias formas: de deveres gerais (de cooperação, colaboração e coordenação, de respeito mútuo ou de assistência) ou de deveres específicos legais de actuação

31 Cfr. M. DA GLÓRIA GARCIA, *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*, p. 325.



em determinado sentido ou de abstenção dessa actuação ou da prática de determinado acto. Por outro lado, é essencial garantir a eficiência – no sentido da racionalização dos recursos utilizados – e a efectividade – a realização dos efeitos pretendidos com a sua actuação – da actuação da administração, de onde decorrem de deveres de assistência mútua e de não contradição.

Trata-se de um princípio procedimental ou instrumental, pois é aplicável à actividade administrativa (nomeadamente através da regulação do procedimento administrativo), a adoptar pelas entidades em causa, no exercício das suas competências, condicionando-a e procurando garantir a sua coerência na prossecução dos diversos interesses públicos, visando a unidade do sistema. Movendo-se no domínio administrativo, no entanto, este princípio terá de respeitar o princípio da legalidade.

12. Do princípio da cooperação leal decorre um dever geral *prima facie* de cooperação entre entidades administrativas que conhece diversas concretizações possíveis³². Este dever geral é composto por feixes de deveres específicos recíprocos entre as entidades públicas envolvidas. É possível, assim, distinguir entre o dever geral de cooperação leal, aplicável de forma universal a todas as entidades administrativas, e os deveres específicos aplicáveis a conjuntos determinados de entidades ou procedimentos administrativos. Os deveres específicos podem ser *i*) concretos, dizendo respeito a um procedimento, a uma actuação administrativa ou a um determinado dever procedimental; ou *ii*) genéricos, relativos à relação entre duas ou mais entidades administrativas quanto à globalidade das suas competências ou de um procedimento administrativo. Neste

32 Cfr. M. LUÍSA DUARTE, *Direito da União e das Comunidades Europeias*, p. 215.

caso, as concretas obrigações de actuação que resultam dos deveres específicos genéricos para as entidades públicas só são determináveis face ao caso concreto.

Da conjugação do dever geral de cooperação e do princípio da legalidade podem retirar-se duas conclusões. Por um lado, que o dever geral de cooperação leal (e o princípio que está na sua origem) se revela e concretiza através do estabelecimento legal de deveres específicos genéricos ou concretos de cooperação – de abstenção ou de auxílio –, constantes do bloco de legalidade. Por outro lado, que estes deveres específicos de cooperação resultam da interpretação dos enunciados normativos das normas habilitantes, à luz do princípio de cooperação, apesar de não se encontrarem expressamente previstos. Existe, assim, um movimento de duplo sentido – de extração do princípio de cooperação a partir das suas concretizações e de concretização de deveres concretos de cooperação, com base no princípio geral.

13. Os deveres específicos, englobados no feixe a que corresponde o dever geral *prima facie* de cooperação leal, devem encontrar-se consagrados em acto legislativo de forma directa ou indirecta – trata-se de uma decorrência do princípio da legalidade. Note-se, porém, que paralelamente aos deveres específicos expressamente previstos na letra da lei, também existem deveres interpretativamente extraíveis de enunciados normativos genéricos ou de normas habilitantes.

Tendo em conta o que foi dito relativamente ao princípio da cooperação, ao seu fundamento e à sua razão de ser, pode concluir-se que existem deveres de cooperação administrativa inerentes à habilitação legal para a actividade administrativa. De facto, quando um acto legislativo confere competências a um órgão administrativo, está implícita a sua su-



jeição a deveres de cooperação leal, tendo em conta a sua inserção numa ordem jurídica coerente e os princípios de prossecução do interesse público, imparcialidade, bem como segurança jurídica e tutela da confiança. A unidade do ordenamento exige que a actuação das entidades esteja sujeita a deveres de coerência de actuação.

Da interpretação conjugada de um preceito que contém uma norma habilitante de actuação administrativa com o princípio da cooperação leal resulta uma norma distinta, com conteúdo de obrigação de cooperação implícita (porque não expressamente contida na letra do preceito, mas apenas interpretativamente alcançada) relativa ao exercício da competência em causa, tendo em conta os interesses públicos prosseguidos pelas diversas entidades administrativas envolvidas.

Esta obrigação implícita (ou dever genérico implícito) de cooperação tem dois conteúdos normativos: um negativo e um positivo. O primeiro diz respeito a um dever de abstenção de actuação que contrarie, obsaculize ou interfira com competências de outros órgãos (um dever de respeito, que também decorre do princípio da competência). O segundo, de conteúdo positivo, diz respeito a um dever de acção, de articulação de actuações e auxílio administrativo mútuo, de partilha de informações ou de recolha de informações a pedido de outras entidades administrativas. Aqui também se pode incluir o dever de ponderar todos os interesses públicos que possam estar envolvidos em determinado procedimento de tomada de decisão, incluindo os prosseguidos por outras entidades – trata-se também de uma decorrência do princípio da imparcialidade.

14. Algumas conclusões podem ser alcançadas da análise das categorias de deveres específicos de cooperação referidas. Os deveres implícitos são, na maioria dos casos (nomeadamente no caso dos deveres

extraíveis de normas de competência), genéricos – tendo em conta a sua indeterminação normativa. No entanto, não pode ser excluída a possibilidade de um dever específico concreto extraível do enunciado normativo. Por seu lado, quanto aos deveres específicos expressamente consagrados em acto legislativo ou em acto normativo supranacional, esta conjugação é mais complexa. A sua consagração normativa pode ser genérica – caso em que a norma estabelece uma obrigação geral de cooperação entre determinadas entidades, determinando o seu âmbito subjectivo, mas não os procedimentos ou a actuação (positiva, de acção, ou negativa, de abstenção) – ou concreta – com a especificação, mais ou menos precisa, da forma procedimental através da qual esta cooperação ocorrerá (dentro ou fora de procedimentos administrativos próprios) e das actuações administrativas envolvidas.

Assim sendo, os enunciados normativos que referem expressamente a existência de um dever de cooperação genérico têm o significado de delimitar um âmbito subjectivo e objectivo de aplicação do princípio, deles não se podendo retirar, à partida, obrigações concretas de comportamento para além dos referidos dever de abstenção de obstaculização e dever de auxílio administrativo. No caso de deveres expressos consagrados de forma concreta, é o próprio acto normativo em causa que estabelece – de forma mais ou menos densificada – o procedimento administrativo relativo à cooperação, prevendo os deveres de conciliação de interesses públicos prosseguidos ou de actuação, deveres de audição ou de participação nos procedimentos administrativos, ou deveres de auxílio administrativo, recolha e fornecimento de informações, articulação do exercício de competências (onde se podem incluir obrigações de *standstill*, ou seja, obrigações de não actuar quando outra entidade já se encontra a exercer as suas competências).



15. Quando os deveres específicos de cooperação estão consagrados expressamente na lei, aí se encontra a regulação normativa de um procedimento de cooperação ou do estabelecimento ou regulação dessa cooperação. Para além desses casos, a norma habilitante também pode consagrar um espaço de autonomia das entidades administrativas quanto às formas de cooperação que podem ser utilizadas – nomeadamente remetendo esta definição para instrumento contratual a celebrar entre estas entidades. É o que ocorre no caso, mais comum, de uma consagração genérica de deveres de cooperação (onde se incluem os deveres implícitos).

De facto, na ausência de relações de *supra* ou *infra* ordenação e de intervenção densificadora do legislador, a forma mais natural através da qual as entidades públicas podem estabelecer os procedimentos de concretização dos deveres de cooperação a que estão sujeitas é o contrato interadministrativo (independentemente da terminologia legal os designar por acordos, memorandos, convénios ou protocolos). Possivelmente por esse motivo é para esta forma que o legislador remete muitas das vezes a regulação das relações de cooperação – que se torna, assim, uma auto-regulação. O estabelecimento de relações de cooperação contratualizada entre as entidades administrativas tem várias vantagens e permite a ultrapassagem dos inconvenientes que, por vezes, decorrem da falta de coerência ou de lacunas na regulação dessas relações, bem como da existência de amplos espaços de discricionariedade administrativa³³.

Aliás, deve ser referido que todos os contratos interadministrativos são, de facto, contratos de cooperação³⁴ – o fundamento cooperativo só se encontra excluído dos contratos interadministrativos sujeitos a uma

33 Cfr. A. LEITÃO, *Contratos interadministrativos*, Almedina, 2011, pp. 15 ss.

34 Cfr. A. LEITÃO, *Contratos interadministrativos*, pp. 17-18.

lógica de actuação em mercado ou susceptíveis de concorrência³⁵. Em sentido amplo, a cooperação interadministrativa abrange, regra geral, a consensualização através de instrumentos contratuais. De facto, as entidades públicas podem celebrar contratos regulando as relações entre si – que podem adoptar as mais variadas designações, como contratos, convénios, acordos, protocolos, memorandos, convenções, contratos-programa, entendimentos, etc. –, nomeadamente no âmbito das relações de cooperação, coordenação e colaboração. Nesse âmbito tem aplicação o princípio da cooperação leal, em paralelo com os restantes princípios da actuação administrativa contratual. A celebração de contratos interadministrativos de cooperação pode implicar que estejam em causa interesses públicos opostos, mas este não é um requisito, pois pode ocorrer que a celebração do contrato tem como objectivo a prossecução de interesses públicos diferentes, mas não opostos, ou do mesmo interesse público³⁶.

No entanto, quando se refere o recurso a contratos interadministrativos como instrumento de concretização do princípio da cooperação leal, não se pretende abarcar todos os contratos deste género³⁷. Incluem-se aqui os contratos de cooperação em sentido estrito, ou seja, os que têm por objecto imediato «a prestação de auxílio entre as partes para o desenvolvimento de tarefas legalmente cometidas a uma delas ou o exercício coordenado de competências próprias e separadas das entidades contratantes»³⁸. Neste caso trata-se da concretização de deveres de au-

35 Cfr. M. ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos – Uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa, AAFDL, 2013, pp. 41-42; A. LEITÃO, *Contratos interadministrativos*, pp. 19 ss.

36 Cfr. A. LEITÃO, *Contratos interadministrativos*, p. 62, nota 192.

37 Para um elenco e classificação de contratos interadministrativos, cfr. A. LEITÃO, *Contratos interadministrativos*, pp. 169 ss.

38 Cfr. A. LEITÃO, *Contratos interadministrativos*, pp. 192 ss. – que lhes dá a designação de «contratos de colaboração em sentido estrito» e «contratos de cooperação».



xílio administrativo, bem como de deveres de colaboração, e a possibilidade de atribuição de competências coordenativas a uma das entidades administrativas envolvidas.

16. É ainda possível distinguir, no âmbito dos deveres específicos de cooperação, entre deveres positivos (ou de actuação) ou negativos (ou de abstenção). Os primeiros incluem as obrigações de apoio e acompanhamento da actuação de outras entidades, que possibilitam a melhor prossecução das respectivas atribuições, em simultâneo com a prossecução das suas atribuições próprias. Como exemplos, pode-se indicar os deveres de auxílio administrativo (*Amtshilfe*) ou de prestação de informações, bem como o dever de ponderar interesses públicos prosseguidos por outras entidades. Os deveres negativos são obrigações de abstenção e de não obstacularização de actuação. Assim, deste dever decorre uma limitação negativa à actuação das entidades, um dever de não contradição na actuação das diversas entidades em presença – ou seja, de abstenção de actuação contrária aos objectivos de outras entidades. Pode-se discernir igualmente um dever negativo de respeito mútuo pelas atribuições e competências legalmente estabelecidas, de não interferência no desempenho das atribuições das restantes entidades, de abstenção de actuar para além das suas próprias atribuições (de actuar *ultra vires*), em detrimento das atribuições de outras entidades, bem como um dever geral de não ingerência na forma como as entidades em causa actuam.

Neste âmbito também se distinguem obrigações de meios e obrigações de resultado. No primeiro caso, as entidades cooperantes são obrigadas a tomar as medidas capazes de assegurar a prossecução das atribuições ou o exercício de uma determinada competência. As entidades devem praticar todos os actos que, numa apreciação *ex ante*, sejam adequados a alcançar o resultado em causa. Por exemplo, disponibilizar

à entidade com a qual certa entidade coopera todos os meios necessários para assegurar a prossecução das suas atribuições ou de uma determinada competência. Neste caso, o comportamento devido também depende do resultado (antecipável), pois é em face deste que se vai determinar a adequação dos meios, mas o seu cumprimento não depende do efectivo alcançar desse resultado. Já os deveres de cooperação de resultado estabelecidos na lei obrigam as entidades cooperantes a alcançar certo resultado, que é definidor da obrigação, por exemplo de prosseguir determinada atribuição ou exercer determinada competência concreta. Como o comportamento devido se define pelo resultado, o cumprimento desse dever só ocorre com o exercício efectivo da competência. Os deveres específicos de meios e de resultado de cooperação podem ser de cariz positivo (de actuação) ou negativo (de abstenção).



A norma de transparência e as Liberdades Fundamentais

LUÍSA CRISTINA PINTO E NETTO¹

Resumo

As liberdades fundamentais, assim como os demais direitos fundamentais, permanentemente enfrentam renovadas ameaças e desafios, quer no cenário global, quer nos cenários internos. Cogitando da necessidade de coibir a corrupção, propõe-se o reconhecimento de um princípio geral de transparência que se impõe à atuação estatal, fundado nas previsões constitucionais que estruturam o Estado e preveem publicidade e controle de suas atividades. Desta norma de transparência, advém para a Administração um dever de tornar acessível à sociedade civil organizada a informação necessária para o exercício consciente das liberdades fundamentais, com destaque para os direitos políticos. O exercício livre destes direitos fortalece a democracia e a *accountability* da Administração, melhorando o controle da corrupção e coadjuvando a boa governança.

Palavras-chave: liberdades fundamentais – publicidade – transparência – dever de informação.

¹ Doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Procuradora do Estado de Minas Gerais. Professora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Abstract

Public liberties, as well as other fundamental rights, permanently face renewed challenges and threats, both in the global arena and in national scenarios. Given the necessity of controlling corruption, the article proposes the recognition and acceptance of a general principle of transparency. This principle, mandatory to State powers actions, can be grounded on constitutional provisions either on the structure of the State and on publicity and control rules. From this norm of transparency one can derive the duty to inform, which makes obligatory to Public Administration to provide society with the information demanded by a conscious exercise of public liberties, included political rights. Through the free exercise of these rights democracy and Public Administration accountability are strengthened, improving public good governance and helping to control corruption.

Key-words: *public liberties – publicity – transparency – duty to inform*

Sumário:

Introdução; A norma de transparência; Conclusão

Introdução

Cogitar da imposição de transparência que pesa sobre a atuação do Poder Público e perquirir a sua ligação com as liberdades fundamentais não é tarefa fácil; já a delimitação e determinação do enfoque a conferir ao tratamento do tema mostra esta dificuldade, que se avulta pe-



las inúmeras possibilidades de análise que as liberdades fundamentais convocam. A presente abordagem pretende, por se tratar de texto que reflete a intervenção levada a cabo em colóquio devotado à “prevenção da corrupção e outros desafios da boa governação da administração pública”², ser uma primeira aproximação ao tema que, para além de não apresentar uma estruturação exaustiva, volta-se modestamente a apontar algumas pistas para futura investigação.

As liberdades fundamentais, tema central do Direito Público, encontram-se submetidas a uma dupla pressão no atual cenário mundial; em tempos de ameaça terrorista e de renovados e diversos movimentos migratórios, pressionadas quanto à sua proteção, mas igualmente quanto à sua possível compressão. Internamente as liberdades também são colocadas à prova diante de novas ameaças, como exemplificam os cada vez mais frequentes ataques em massa com o uso de armas de fogo vivenciados nos Estados Unidos da América. Enriquecem esse cenário os clássicos dilemas da liberdade perante o Poder, perante o Estado, o que se verifica nas ainda constantes e relevantes discussões em torno de temas como o aborto, a eutanásia, o uso de drogas ilícitas, o ensino religioso, os desafios para preservar a privacidade em nossa

2 Trata-se do colóquio “A prevenção da corrupção e outros desafios a boa governação da administração pública”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 12/10/2017, em organização conjunta do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e da Ordem dos Advogados de Portugal. Para registar o evento, as Professoras Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e o Professor Eurico Bitencourt Neto propuseram o envio das contribuições individuais em forma de artigo para compor uma publicação coletiva. Diante desta relevante iniciativa fomentadora de nossos diálogos transatlânticos, preparei o presente texto. Não obstante – e já me penitencio, apenas fui capaz, neste momento da vida profissional, de reduzir a escrito as ideias que guiaram a exposição oral, o que explica a linguagem mais informal e o menor número de referências; assento desde já que parti basicamente da argumentação desenvolvida pelas Professoras Anne PETERS e Edith BROWN WEISS. O tema é relevante; oxalá essas linhas soltas incentivem investigações mais profícuas que a presente reflexão.

sociedade do espetáculo. Até onde se podem comprimir as liberdades fundamentais em nome de proteger estas mesmas liberdades?

No caso do Brasil, a atual situação política também traz à tona perquirições inafastáveis em relação às liberdades fundamentais, diante, por exemplo, da atuação da polícia federal, do ministério público e do próprio poder judiciário na presente “cruzada contra a corrupção” e que tem produzido algumas questionáveis afrontas às liberdades e garantias individuais, levando alguns a falarem mesmo em um estado de exceção – em desacordo com a ordem constitucional – no Brasil. Somam-se a isto os fundados receios de desrespeito às liberdades diante da decretação de intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro.³ As liberdades individuais se imbricam, por óbvio, com o respeito ao Estado de Direito.⁴

Por outro prisma, não se deve deixar de pontuar a necessária indagação acerca das liberdades fundamentais em contextos de miséria e pobreza, em que os direitos sociais não são garantidos minimamente, inviabilizando, dessa forma, o exercício efetivo das liberdades fundamentais, o que nos coloca, mais uma vez, diante do desafio de, se não tratar igualmente às diversas categorias de direitos, pelo menos reconhecer-lhes a necessária indivisibilidade, pugnando por uma efetivação

3 O Presidente da República, Michel Temer, por meio do Decreto n. 9.288, de 16/02/2018, determinou a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro.

4 Ilustrativa da situação vivenciada no Brasil é a recente tragédia do suicídio do ex-reitor da Universidade Federal de Santa Catarina, Luiz Carlos Cancellier, que se matou dias após ter sido preso na Operação Ouvidos Moucos realizada pela Polícia Federal (<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/12/1945252-dias-antes-de-suicidio-reitor-da-ufsc-disse-a-pf-que-nao-protecteu-ninguem.shtml>).

Igualmente ilustrativa, por outro prisma, da situação referenciada é o recentíssimo assassinato da vereadora Marielle Franco e de seu motorista, em 14/03/2018, no centro do Rio de Janeiro (https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/15/politica/1521124512_120046.html).



unitária do sistema de direitos fundamentais, minimizando a clássica dicotomia entre direitos de liberdade e direitos sociais⁵.

Novamente parece pertinente registrar a situação brasileira; frequentemente negligenciarmos a existência de espaços de efetiva ausência de Estado, espaços nos quais, mesmo deixando de lado a baixa efetividade dos direitos sociais, os direitos de liberdade estão claramente comprimidos: pense-se nas favelas do Rio de Janeiro.

Todas estas questões apontadas relativamente às liberdades fundamentais não prescindem, atualmente, de ser enfrentadas, ainda, com seriedade, diante das fronteiras de sustentabilidade da vida no planeta Terra, fronteiras que estão ficando patentes a cada dia e que certamente representarão em breve limitações fáticas a diversas liberdades clássicas. Trata-se, obviamente, de outra sorte de limitações, mas que não devem ser desconsideradas; talvez levem a cogitar de deveres de sustentabilidade e de equidade intergeracional capazes, se dotados de normatividade, de comprimir de alguma maneira a esfera das liberdades.

Essa breve digressão introdutória pode indicar que nada está garantido de forma definitiva em termos de direitos; sempre se colocam novas ameaças, novos desafios e a necessidade de novos equilíbrios. A história dos direitos não é uma evolução linear que só aponta para a frente, os retrocessos e as ameaças são constantes e não são monopólio dos di-

5 Para um maior desenvolvimento dessa compreensão unitária dos direitos fundamentais citada, vejam-se NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional*. Curitiba: Ithala, 2016. Na doutrina portuguesa, com entendimento não inteiramente coincidente, consulte-se NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

reitos sociais, podem atingir qualquer liberdade ou direito fundamental. Diante desta constatação, exige-se dos juristas e cidadãos permanente atitude reflexiva e crítica, seja para verificar quais são as compressões/retrocessos constitucionalmente necessários e aceitáveis, seja os novos equilíbrios reclamados por novas necessidades e realidades.

Com este pano de fundo, a singela reflexão que se propõe toca um ponto mais específico – considerando a proposta da conferência na qual se deu a intervenção e que motivou o registro escrito ora tornado público – ligado à prevenção da corrupção e à boa governação; pretende-se fazer uma aproximação à norma de transparência.

A norma de transparência

Partindo de uma das reflexões estruturadas por Rui MEDEIROS em seu recente livro “A Constituição portuguesa num contexto global” – no qual chama a atenção para a circunstância de se verificar uma hiperbolização do discurso dos direitos em detrimento do contra-ponto igualmente essencial na estruturação do Estado de Direito atual num contexto global, que é o princípio democrático⁶ –, pretende-se propor uma aproximação à norma de transparência, compreendida como norma que se impõe à Administração, e acerca de sua ligação com as liberdades fundamentais, em especial os direitos de participação política.

Seria possível cogitar de uma emergente norma de transparência no âmbito global? Haveria essa norma no âmbito interno de nossos Estados?

6 MEDEIROS, Rui. *A constituição portuguesa num contexto global*. Lisboa: Universidade Católica, 2015.



A professora Edith BROWN WEISS, no curso geral proferido no último verão (julho de 2017) na *Hague Academy*, tratou, como normas fundamentais do Direito Internacional Público, da cooperação, da não agressão, da dignidade humana, da equidade intergeracional e da *accountability* e somou a estas o que designou por “normas emergentes”: a norma de transparência e a norma anticorrupção.⁷ Em abordagem também voltada para o Direito Público Internacional a Professora Anne PETERS enfrentou o tema da transparência em obra coletiva coordenada com Andrea BIANCHI.⁸ É certo que ambas as professoras citadas trataram a transparência principalmente no Direito Internacional, mas isso não parece ser empecilho de buscar nesse tratamento impulsos igualmente pertinentes para a reflexão na ordem interna. De fato, há uma crescente necessidade de estudar o Direito Público interno em constante ligação com o Direito Internacional Público, como também ressaí da obra citada de Rui MEDEIROS, algo já sentido e vivido no contexto da União Europeia, mas ainda em muitos campos incipiente na doutrina brasileira.

Em geral, no âmbito interno, encontra-se alguma imposição constitucional de publicidade para a atividade administrativa, no caso brasileiro, o *caput* do art. 37 da CRB/88 impõe à atividade administrativa a observância do princípio da publicidade.⁹ Essa imposição, que derivaria da pró-

7 Trata-se do curso de verão em Direito Internacional Público oferecido pela The Hague Academy, de 10 a 28/07/2017, no qual a professora Edith Brown Weiss lecionou o *General Course* com o tema *Establishing norms in a kaleidoscopic world*.

8 BIANCHI, Andrea; PETERS, Anne. *Transparency in international law*. Cambridge University Press, 2013.

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

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos de-

pria ideia de república e da noção de que o poder emana do povo sendo exercido democraticamente em seu nome, foi assim explicitamente prevista na Constituição e em diversos diplomas legais específicos, como na lei de licitações e contratos, nas leis de procedimento administrativo, havendo ainda obrigações de publicidade reforçadas quanto aos gastos públicos na chamada Lei de Responsabilidade Fiscal e obrigações de publicidade ativa e passiva na lei de acesso à informação administrativa.¹⁰

A pergunta que talvez se possa colocar em virtude do tema escolhido é se, nesse atual mundo caleidoscópico¹¹, na sociedade por vezes chamada de sociedade da informação e do risco, essas imposições normativas de publicidade são suficientes em sua compreensão tradicional ou se convocam um dever renovado de transparência, um dever que vai além garantir publicidade oficial a determinados comportamentos es-

verá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios

IX- transparência e compartilhamento das informações

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

IV- exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

10 Interessante consultar a Lei n. 12.527/2011, que disciplina o direito de *acesso* às informações públicas.

11 WEISS, Edith Brown. Curso de verão em Direito Internacional Público, The Hague Academy, de 10 a 28/07/2017, General Course, *Establishing norms in a kaleidoscopic world*.



tatais. Pretende-se, nessa breve reflexão, sustentar que há uma norma de transparência que se impõe à atuação estatal, mormente à atuação administrativa, sendo importante instrumento quer para a boa governança, quer para a luta anticorrupção, quer, com igual relevância, para o livre exercício dos direitos fundamentais de caráter político, que, sendo fins em si mesmos, concretizam o ideal democrático e potencializam tanto a boa governança quanto o combate à corrupção.

A norma de transparência aqui sustentada seria um princípio geral a reger a atuação estatal; não geraria propriamente um direito geral a ela correlato, seria uma norma dirigida à Administração a criar-lhe uma série de deveres procedimentais e substanciais. Diante de tais deveres e em situações específicas haveria, por certo, posições subjetivas de vantagem em face da Administração, haveria também, em certos casos, direitos propriamente ditos, como direitos específicos à informação, direitos de acesso a documentos públicos, direitos de participação em procedimentos, direitos a uma decisão fundamentada e assim por diante.

Qual seriam os benefícios da transparência? Em outras palavras, por que defender a existência de uma norma implícita de transparência em nossos sistemas constitucionais já tendo a explícita imposição de publicidade? A norma de transparência defendida fortalece outras normas que regem a atuação estatal, aumenta a legitimidade do processo de decisão mostrando por que a decisão foi tomada, quais as alternativas foram consideradas, fornece bases para a crítica, permite aceder a novas ideias, encoraja a inovação, empodera o Estado, as organizações não governamentais, a opinião pública, os cidadãos. Tudo isso se mostra relevante na condução dos problemas da coletividade política e aumenta a *accountability* (a responsabilidade e o controle da Administração), além de possivelmente con-

duzir a decisões melhores e mais racionais, principalmente em virtude da necessidade de justificação que a transparência implica.¹²

Não é de desconsiderar que a transparência coloca a descoberto as ligações das instituições públicas com os atores privados poderosos capazes de operar a captura dessas instituições. À medida em que a transparência traz à luz do sol as entranhas dos processos de decisão pública e as relações travadas entre os setores público e privado, ganha-se em possibilidades de controle de decisões inadequadas e da própria corrupção. Mas mais que isso, fornece-se ao indivíduo e à sociedade civil a informação necessária para o exercício consciente das liberdades políticas.¹³

Se à primeira vista parecem claros os benefícios de reconhecer a norma da transparência, o mesmo não pode ser dito, sem mais, do seu conteúdo normativo. Abordar e fundamentar todos os possíveis aspectos desta norma de transparência ultrapassa largamente a pretensão desta breve reflexão e constitui mote para prosseguir na sua investigação e construção; ter-se-ia que pensar no conteúdo da norma, seus destinatários, as obrigações específicas e concretas que imporia, as exceções, as sanções pelo descumprimento.

A professora Edith BROWN WEISS destacou que a transparência é essencial nesse mundo caleidoscópico, mas igualmente admitiu que ainda

12 PETERS, Anne. Towards transparency as a global norm. In: BIANCHI, Andrea; PETERS, Anne. *Transparency in international law*. Cambridge University Press, 2013.

Sobre *accountability*, veja-se CORREIA, Sérvulo. Controlo judicial da Administração e responsabilidade democrática da Administração. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto e; BITEN-COURT NETO, Eurico. *Direito administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

13 PETERS, Anne. Towards transparency as a global norm. In: BIANCHI, Andrea; PETERS, Anne. *Transparency in international law*. Cambridge University Press, 2013.



é difícil aceder ao seu conteúdo normativo.¹⁴ Também Anne PETERS, que fala em uma viragem do Direito Internacional Público para a transparência, *transformando espelhos em janelas*, chama a atenção para a vagueza do termo, a transparência seria mais que um *standard* ou norma legal, seria um fator moral ou cultural.¹⁵

Nos âmbitos internos, o processo de fundamentação desta norma é mais simples, vejam-se, por exemplo, as diversas obrigações normativas de publicidade impostas à Administração brasileira, que podem, segundo aqui se defende, ser lidas como obrigações de transparência, ajudando a esclarecer o conteúdo da norma. Tais imposições poderiam ser vistas como precipitações específicas de um princípio geral que rege a atuação estatal, o princípio da transparência? Certamente é preciso avançar nesta construção, seja legislativa, seja teórica, a depender de cada contexto normativo nacional.

Para prosseguir na argumentação, assume-se a existência desta norma implícita da transparência, embasada no modelo republicano democrático estruturado pela Constituição e nas concretas imposições de publicidade dos comportamentos públicos, bem como ainda nas previsões acerca do controle da atuação pública, o que leva a pressupor informação para o controle; trata-se do princípio geral de transparência da atuação estatal, do qual advém o dever imposto à Administração Pública. Partindo deste princípio e das atuais previsões constitucionais e legais que impõem publicidade, entende-se que se deve ressignificar a publicidade, ler-se um dever de transparência e não de mera publicidade e

14 WEISS, Edith Brown. Curso de verão em Direito Internacional Público, The Hague Academy, de 10 a 28/07/2017, General Course, *Establishing norms in a kaleidoscopic world*.

15 PETERS, Anne. Towards transparency as a global norm. In: BIANCHI, Andrea; PETERS, Anne. *Transparency in international law*. Cambridge University Press, 2013.

não de mera disponibilidade de informação em órgão de imprensa oficial ou outro meio análogo. Impõe-se à Administração o dever de coletar e organizar a informação, tornando-a acessível e compreensível para os cidadãos, quer acerca dos comportamentos públicos, quer sobre questões centrais da vida atual na comunidade política que também envolvam atores privados relevantes.

Pelo cumprimento desse dever de transparência pela Administração, os cidadãos, a sociedade civil organizada, têm acesso a informação suficiente, sistematizada, atualizada, relevante, confiável e compreensível, à qual não acederiam individualmente e que é necessária para exercer livre e conscientemente seus direitos fundamentais, traçar seus planos e escolhas de vida e para exercer os direitos políticos que colocam o princípio democrático em movimento.

Nesta primeira reflexão não se vão perquirir os muitos outros deveres que advêm dessa norma, como, por exemplo, a transparência dos procedimentos de tomada de decisão; vai-se referir apenas esse dever de informação, ancorado normativamente nas imposições de publicidade, que seria central à norma de transparência. O dever de informação é condição de boa governação e pressuposto do exercício de diversos direitos fundamentais, mormente os direitos fundamentais de participação política e também de participação administrativa procedimental.

A resignificação da publicidade a partir do reconhecimento de uma norma de transparência não se mostra irrelevante. É possível pensar incontáveis áreas em que há publicidade de comportamentos públicos no Brasil, mas passa-se longe de atender a esta pretensa norma de transparência, mormente diante da realidade deficitária em termos de educação da população. Não se trata de publicar extratos de contratos no



diário oficial, de publicar salários de servidores públicos em sítios oficiais, nem de deixar disponíveis relatórios técnicos de execução orçamentária carregados de dados técnicos em linguagem hermética, não se trata de todas as noites em todas as rádios do país reproduzir notícias pasteurizadas sobre a atuação dos três Poderes. Trata-se, efetivamente, de a Administração Pública colocar à disposição da população informação fundada e relevante, sistematizada e inteligível, para que as pessoas possam entender as questões públicas e se decidir livremente nas suas escolhas de vida, na sua participação política.

Pense-se, por exemplo, no Brasil, acerca da decisão de construção da Usina de Belo Monte, da transposição do Rio São Francisco, pense-se nas decisões acerca de nossa matriz energética, do modelo de infraestrutura e transporte, pense-se na atividade de mineração, no uso da água potável, na tarifação diferenciada dos serviços públicos, na ordenação dos espaços urbanos. Pense-se sobre os investimentos públicos levados a cabo pelo BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social; hoje se questiona o investimento milionário feito pelo BNDESPar, banco de investimento do BNDES, na empresa JBS, que figura no centro das denúncias contra o presidente da República. Pense-se nos agrotóxicos que ingerimos sem saber, nas opções do sistema de saúde por cuidados de tratamento e não de prevenção. Pense-se nas relações do poder público com os sindicatos. Isso para não cogitar, por exemplo, das questões tributárias e financeiras que começam já na simplicidade do supermercado: não nos informam claramente o que pagamos por um produto e o que é tributo. Sempre somos confrontados com as alegações administrativas e judiciais acerca da “reserva do possível”, mas assistimos à concessão de anistias e benefícios fiscais cujas informações essenciais não conhecemos.

Ainda que de forma não sistemática, esses exemplos ajudam a ilustrar a relevância de fundamentar o reconhecimento da norma de transparência e o dever de informação dela advindo. Tais exemplos ecléticos permitem, ademais, trazer a lume a importância do cumprimento deste dever pela Administração Pública para viabilizar o exercício consciente das liberdades. Mas, por óbvio, o dever de informação mencionado convida também cautela, pois não pode ser transmutado em propaganda dos agentes públicos nem dos partidos políticos detentores do poder, nem tampouco servir como subterfúgio para se monopolizar a opinião pública, afastando-se a liberdade de manifestação do pensamento e expressão, a liberdade de imprensa.

Certamente há limites e riscos na transparência – lembre-se das imposições advindas da privacidade –, mas ela é sempre preferível à opacidade; a transparência deve ser a técnica e o objetivo a se perseguir na atividade estatal, fortalecendo a boa governação e a participação democrática pelo exercício informado das liberdades políticas e da participação administrativa.

É preciso tomar a sério a transparência para que, por vias transversas, não desemboque numa política do espetáculo, que apenas simule a transparência proativa, ou para que não acabe por dar mais armas aos atores privados e públicos já poderosos desequilibrando ainda mais o jogo da participação política.

Conclusão

Como escreve Anne PETERS, a transparência certamente tem um potencial emancipatório e pode atuar para deslocar o centro do poder, de-



safiando a combinação de poder político e segredo que leva ao abuso do poder e, poder-se-ia também dizer, que facilita a corrupção; a transparência empodera os que estão de fora do Estado porque os equipa com informação e assim cria a pré-condição para demandar e manter *accountable* (abre a via do controle e da responsabilização) os detentores do poder.¹⁶

Essa ideia de transparência pode ser também um caminho para reconfigurar o espaço público, pois possibilita afastar uma convicção dos detentores do poder político de que eles monopolizam a decisão certa; a transparência coloca em relevo uma maneira de agir procedimentalizada e que permite que os cidadãos tomem parte de alguma maneira nessa ação, formando suas convicções sobre as questões públicas.¹⁷ É o que explica mais uma vez Anne PETERS e nos permite voltar à ligação entre direitos fundamentais e democracia, salientada por Rui MEDEIROS.¹⁸ A democracia é uma pré-condição para o consentimento informado dos governados, possibilita que os indivíduos avaliem a racionalidade das decisões públicas, encorajando a participação e também o controle da ação estatal. No dizer de Anne PETERS, a transparência é um elemento constitutivo de um novo tipo de democracia global a serviço de mais *accountability*.¹⁹

Trata-se de um “círculo virtuoso”: a Administração transparente permite maior e melhor participação dos indivíduos; os indivíduos, pelo

16 PETERS, Anne. Towards transparency as a global norm. In: BIANCHI, Andrea; PETERS, Anne. *Transparency in international law*. Cambridge University Press, 2013.

17 PETERS, Anne. Towards transparency as a global norm. In: BIANCHI, Andrea; PETERS, Anne. *Transparency in international law*. Cambridge University Press, 2013.

18 MEDEIROS, Rui. *A constituição portuguesa num contexto global*. Lisboa: Universidade Católica, 2015.

19 PETERS, Anne. Towards transparency as a global norm. In: BIANCHI, Andrea; PETERS, Anne. *Transparency in international law*. Cambridge University Press, 2013.

exercício consciente de suas liberdades, pela participação política e administrativa, podem contribuir para uma Administração mais controlada, controlável e responsável.

Essa democracia baseada em transparência e participação é a única forma de controlarmos a corrupção e de conseguirmos nos aproximar de uma boa governação a serviço de valores efetivamente coletivos e sustentáveis.



O papel do Estado e da Administração Pública em relação às liberdades fundamentais na sociedade global tecnológica e de risco: possibilidades, limites e controle¹

DANIEL FERREIRA²

Resumo:

A compreensão da sociedade contemporânea como “global, tecnológica e de risco” reclama urgente revisão do papel do Estado, da Administração Pública e do Direito objetivando prevenir a criação de certos

1 Este artigo sintetiza a palestra feita por ocasião da Conferência *A prevenção da corrupção e outros desafios à boa governação da Administração Pública*, realizada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, aos 12 de outubro de 2017, sob o tema geral *Administração Pública e liberdades fundamentais* (4ª Sessão), sob os auspícios do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP), do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) e com o apoio do Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados portugueses. Por conta disso, registra-se formal agradecimento à Professora Carla Amado Gomes, na condição de co-organizadora da Conferência e de vogal da Direção do ICJP, bem como ao Professor Jorge Reis Novais pela moderação do painel.

2 Pós-Doutorado pelo *Ius Gentium Conimbrigae*/Centro de Direitos Humanos (IGC/CDH) / Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Doutor e Mestre em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Coordenador e Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito do Centro Universitário Internacional (UNINTER). Sócio-fundador do FERREIRA, KOZICKI DE MELLO & MACIEL Advogados Associados. Árbitro da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná – CAMFIEP

riscos e, quando impossível, mitigar seus efeitos, sem prejuízo da responsabilização correlata. O pano de fundo é a mudança de paradigmas, e.g. a absoluta ausência de fronteiras e a circunstância de a informação rodar o mundo em tempo real. Contudo, o autor adverte que os discursos de BECK e de JAKOBS não justificam a vulneração de direitos e garantias fundamentais, havendo limites para sua restrição ordinária, tomando como pano de fundo a proibição de uso de véus islâmicos (na Europa) e de máscaras (no Brasil). Afinal, conclui que, nesse novo cenário, parece melhor adotar-se conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas abertas e enumerações exemplificativas do que disposições do tipo “tudo ou nada”, permitindo-se a valoração (inclusive administrativa) individualizada de cada caso concreto.

Palavras-chave: sociedade global, tecnológica e de risco; restrição a direitos e garantias fundamentais; vedação ao uso de véus islâmicos (na Europa) e a máscaras (no Brasil); O papel do Estado, da Administração Pública e do Direito no século XXI.

Abstract:

As contemporary society is seen as “global, technological and “risk” there is the need to rethink the role of the State, Public Administration and Law in order to prevent certain risks and, when that is impossible, mitigate its effects without harming the correlative responsibility. The scenario is the change of paradigm, e.g. the complete absence of boundaries and the fact that information goes round the world in seconds. However, the author advises that BECK and JAKOBS points of view do not justify harming fundamental rights and guarantees and there are limits for its ordinary restriction when it comes to, for instance, the prohibition



of wearing the Islamic veil (in Europe) and masks (in Brazil). The author concludes that within such new scenario, it seems more appropriate to adapt undetermined legal concepts, open clauses and explanatory enumerations than assuming positions like “take it or live it”. It would consider (including administrative) each concrete case individually.

Keywords: *global, technological and risk society; restriction on fundamental rights and guarantees; bar the wearing of Islamic veils (in Europe) and masks (in Brazil); The role of the 21st century State, Public Administration and Law.*

Sumário:

0. Intróito; **1.** A sociedade do século XXI: global, tecnológica e “de risco”; **2.** Compreensão-assunção dos discursos da “Sociedade de risco” e do “direito penal do inimigo” para a criação e para a aplicação do direito; **3.** A restrição a direitos-liberdades fundamentais e a criminalização do seu exercício – o caso da proibição do uso de véus islâmicos e de máscaras em espaços e manifestações públicas; **4.** Considerações finais: em suma o que se **pode e deve** esperar do Estado e da Administração Pública na sociedade global, tecnológica e de riscos?

0. Intróito

Desde muito não há praticamente um mês sequer em que a mídia internacional deixe de informar (*sic*) ao mundo a ocorrência de um aten-

tado terrorista, uma provocação entre Donald Trump e Kim Jong-un ou uma nova descoberta científica que promete “melhorar” o cotidiano. Vive-se sob ameaça constante, inclusive de uma terceira guerra – nuclear ou cibernética –, o que gera uma ansiedade crescente entre pessoas das mais diversas nacionalidades.

O direito – coitado – pouco tem se prestado nesse cenário, por não evitar o inevitável (o atentado terrorista), por não conseguir conter o insopitável (o terrorista) e por não responder ao irresponsável (o terrorista que se fez mártir). Dele se exige cada vez mais, em termos de garantias e de direitos, na perspectiva de cada indivíduo; e menos, relativamente aos demais.

O que fazer, então, para mitigar os riscos da sociedade da atualidade? O que esperar do direito, do Estado e da Administração Pública nesse contexto?

A proposta do artigo é tentar enfrentar e responder a tais questionamentos. Mas não com caráter de definitividade e de completude; apenas à guisa de primeiras e parciais reflexões.

1. A sociedade do século XXI: global, tecnológica e “de risco”

Em que pese ainda seja possível reconhecer a existência de situações pontuais que diferem do cenário prevalente, não se pode deixar de identificar que a sociedade deste novo milênio se revela, por primeiro, como “global”, além de tecnológica e indubitavelmente marcada pelos riscos. Isto é, o aumento da proximidade econômica, social, cultural e política entre as pessoas e os estados, na atualidade, mostra-se fruto não da diminuição das distâncias, propriamente ditas, porém da maior velocidade



e da menor dificuldade com que elas são transpostas. Em obra clássica, intitulada “Globalização: as consequências humanas”, Zygmunt Bauman deixa consignado que as diferenças culturais, as fronteiras naturais (e artificiais) dos territórios e mesmo as políticas doméstica e externa dos estados não mais se mantêm distantes, umas das outras, pela simples razão de que as diferenciações entre “aqui” e “acolá”, “dentro” e “fora”, e “perto” e “longe” deixam de ter o significado de outrora.³ Para ele, “a oposição <longe-perto> tem mais uma dimensão crucial: aquela entre a certeza e a incerteza, a autoconfiança e a hesitação.”⁴

Na perspectiva humana, contudo, essa mais facilitada superação de distâncias não alcança a todos, indistintamente, de modo que “alguns podem agora mover-se para fora da localidade – de qualquer localidade – quando quiserem. Outros observam, impotentes, a única localidade que habitam movendo-se sob seus pés”.⁵ Ou seja, enquanto certos sujeitos acabam emancipados por conta da “anulação tecnológica das distâncias”, outros esmorecem devido à inamovibilidade que lhes acaba imposta por qualquer razão.⁶

Ainda assim, entretanto, boa parte das incertezas de ontem desapareceu – ou, pelo menos, viu-se sobremaneira mitigada – com o advento da *internet*. Para quem pode acessá-la, as informações nela veiculadas se fazem instantaneamente disponíveis e em todos os pontos do globo terrestre (e mesmo fora dele; *e.g.*, na estação espacial internacional). Daí falar-se, também, que possuir o conhecimento (e não receber a simples

3 ZYGMUNT BAUMAN, *Globalização: as consequências humanas*, Trad. Marcus Penchel, Rio de Janeiro, 1999, p. 18-20.

4 *Idem*, p. 20.

5 *Idem*, p. 24.

6 *Ibidem*.

“informação”), hoje, repercute, muitas das vezes, na própria detenção do poder em suas mais variadas nuanças.⁷ O problema está nas incertezas de hoje, para não se referir às do amanhã.

De todo modo, “é no âmbito de um espaço ou ambiente global que vamos considerar as novas tecnologias de informação e a sociedade que tem nelas um de seus sustentáculos: a sociedade da informação e do conhecimento.”⁸ Para Sara Andrade, portanto, essa (sociedade da informação) vislumbra uma nova forma de organização social, cujo funcionamento reclama crescentemente redes digitais de informação, com repercussão profunda na educação, nas ciências, na saúde, no trabalho, no lazer, nos transportes e no meio ambiente, além de poder se acrescentar – pela relevância – na própria segurança individual e coletiva.⁹

Com efeito, o trânsito “ilimitado” de informações – mesmo que virtual – reforça a necessidade de reconhecimento da sociedade contemporânea como global. Este atributo, por sua vez, assim se perfaz apenas a partir da tecnologia disponível. Logo, mencionar a sociedade hodierna como global (no sentido de ser “sem-fronteiras”) e tecnológica beira o pleonasmo vicioso.

7 *Mutatis mutandis*, o reverso também se dá, no sentido de que a eventual falta de acesso à informação/conhecimento relevante (de cunho tecnológico, econômico, social ou mesmo governamental) pode redundar no amesquinamento da vida e do próprio projeto de vida das pessoas, diminuindo ou aniquilando sua dignidade. Não por acaso, é notório que em ditaduras em curso, ao redor do mundo, o acesso à internet é limitado, além de controlado por serviços de inteligência do governo.

8 SARA ANDRADE, A informação na sociedade contemporânea: uma breve abordagem sobre a sociedade da informação, o fenômeno global e a mundialização da cultura, *Revista da FARN*, Natal, v.1, n.1, p. 207-216, jul./dez. 2001, p. 208. Disponível em: <http://www.revistaunirn.inf.br/revistaunirn/index.php/revistaunirn/article/view/34>.

9 *Ibidem*.



Por se concretizar como global e tecnológica, a sociedade do século XXI mostra-se, ademais, como uma verdadeira sociedade de riscos. Isto é, a percepção de que hoje se vive numa sociedade “diferente” pode ser explicada pelas distintas sensações de bem-estar ou de mal-estar e de segurança ou de insegurança que acometem as pessoas mundo afora quando confrontadas com outras experimentadas em tempos mais remotos.

Está-se a referir, pois, na medida das possibilidades e no exato contexto aqui apresentado, à sociedade moderna em cotejo (e não em oposição) com a sociedade pós-moderna – que sucedeu àquela e na qual vivemos. Nesta, de modernidade tardia, como assim predicada por Ulrich Beck, “a produção social de *riqueza* é acompanhada sistematicamente pela produção de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos”.¹⁰

Por isso mesmo, Beck sustenta que o processo de modernização se torna “reflexivo”, convertendo-se, a um só tempo, em “tema e problema”, de modo que os avanços trazidos com as inovações tecnológicas se fazem acompanhar da produção de riscos dantes impensados e que continuam impensáveis. Surgem, assim, na visão do autor, “ameaças colaterais” que podem, em tese, convergir para a autodestruição da vida terrestre.¹¹

Em épocas vetustas, por exemplo, de revolução industrial em andamento, falava-se em riscos de qualificação e/ou à saúde vinculados ao

10 ULRICH BECK, *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*, Trad. Sebastião Nascimento, São Paulo, 2010, p. 23.

11 *Idem*, p. 23-25.

espaço fabril, indubitavelmente visíveis, ainda que desprezados. Os riscos da contemporaneidade têm outra feição: não se mostram contidos por nada, ostentam a potencialidade de atingir quaisquer sujeitos – com indiferença ao lugar em que se encontram – e se tornam de uma invisibilidade angustiante, a despeito de assumidos com essa feição pela sociedade e pelos cientistas das tecnologias.

Justamente por isso, ao apresentar obra coletiva versando sobre “riscos tecnológicos”, Carla Amado Gomes aponta a gestão do risco tecnológico como complexa e geradora de perplexidade, no sentido de que a sensibilidade coletiva se volta aos riscos de grande impacto visual, como aqueles inerentes a atentados terroristas, quase desprezando os riscos próximos, como os decorrentes das atividades, das facilidades e dos prazeres do cotidiano: condução de automóvel, uso do aparelho celular e consumo de cigarros, dentre tantos outros. Para ela, “a tarefa de incutir na população em geral uma atitude de consciência do risco é desde logo uma missão pedagógica da parte dos poderes públicos, mas também um dever fazer saber às pessoas os riscos a que estão expostas, as condutas que devem adoptar para os minimizar ou evitar, as reacções recomendáveis em casos de acidente”.¹² Logo, a simples assunção da sociedade como preponderantemente tecnológica, antecipa-se, exige a consideração dos riscos que lhe são intrínsecos, de modo que a postura do estado deve mudar sobremaneira, dele se exigindo ações preventivas e pró-ativas e não mais apenas reativas, voltadas (pura e simples) à reintegração da ordem jurídica se, quando e como “violada”.¹³

12 CARLA AMADO GOMES, *Estudos sobre riscos tecnológicos*, Lisboa, 2017, p. 4. Disponível em: www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/.../ebook-icjp_riscostecnologicos_2017.pdf.

13 Em sentido similar, Beck afirma que, nesse ambiente global e tecnológico, marcado pelos riscos, “aumenta a importância social e política do *conhecimento*” e não apenas



Destarte, sem qualquer preocupação com os rótulos ou mesmo com a carga semântica dos termos/expressões, justifica-se cindir a sociedade em duas: a *de antes* e a *de agora* (entre moderna e pós-moderna; primeira e segunda modernidade; sociedade de classes e sociedade reflexiva¹⁴ etc.) com lastro nas diferentes categorias de riscos a que estão expostas as pessoas, da sua (in)visibilidade, da sua percepção – ou não – a partir do maior ou menor acesso à informação (e de sua decodificação) e das diferentes formas de sua distribuição, o que, igualmente reclama refletir acerca dos modelos de estado e de direito como mais ou menos atentos e/ou afeitos a essa sociedade global, tecnológica e “de risco”.

Mas em que consistem, afinal, esses riscos que acompanham a modernização? Na lição de Ulrich Beck,

(...) riscos não se esgotam, contudo, em efeitos e danos já ocorridos. Neles, exprime-se sobretudo um componente *futuro*. Este baseia-se em parte na extensão futura dos danos atualmente previsíveis e em parte numa perda geral da confiança ou num suposto <<amplificador do risco>>. Riscos têm, portanto, fundamentalmente que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje.¹⁵

da informação, atrelando-se a esta uma feição nitidamente científica, que pode e deve ser disseminada por meio da mídia, quiçá expondo a “disputa definitória” acerca da extensão, do grau e da urgência dos riscos, no sentido de sua final aceitação, ou não, pelas pessoas e pelos consumidores, sem prejuízo de uma prévia “autorização” para sua produção e eventual comercialização por quem competente. (ULRICH BECK, *Sociedade de risco*, p. 56.)

14 *Idem*, p. 47-49; p. 57; p. 59.

15 *Idem*, p. 39.

Essa construção, como bem se pode verificar, apropria-se das noções de risco (e de perigo) e, ainda mais, de dano, além de prestar atenção a questões de previsibilidade e mesmo de probabilidade – ainda que sem a esta explicitamente atinar.

Pierpaolo Cruz Bottini afirma que “é evidente a relação entre risco e perigo, seja qual for a definição adotada. Risco é o adjetivo que se coloca ao agir humano diante do perigo, ou da possibilidade de perigo. Não há risco sem potência de perigo, sem iminência de perigo”.¹⁶ Objetivamente falando, pois, o perigo é a possibilidade fática da ocorrência de lesão ou de dano, de modo que a se apresentar no plano fático, real, externo ao homem, permitindo medição e quantificação.¹⁷ De conseguinte, é possível “caracterizar o risco como a qualidade de uma situação que antecede o perigo. O risco refere-se à tomada de consciência do perigo futuro e às opções que o ser humano faz ou tem diante dele”.¹⁸

Em síntese e a título de ilustração, viajar de avião comporta perigo, mas o risco de queda é remoto, além do que, embora previsível (no plano das possibilidades), é bastante improvável a ocorrência desse evento. Sendo assim, decidir viajar de avião enseja a assunção de um risco, para o qual quase ninguém atenta por conta das vantagens da qualidade e da otimização do tempo no deslocamento. O que interessa, no entanto, é reconhecer que a atividade de transporte aéreo de pessoas – obtida apenas por meio do emprego da tecnologia – é lícita, ainda que fortemente regulada pelos estados, muito embora ela seja potencialmente

16 PIERPAOLO CRUZ BOTTINI, *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, São Paulo, 2007, p. 29.

17 *Idem*, p. 31-32.

18 *Ibidem*.



propiciadora de verdadeiras catástrofes. O mesmo se dá em relação à utilização de usinas nucleares como matriz energética, à comercialização de transgênicos, à exploração do petróleo em zonas sensíveis (no mar, em geleiras) etc.

Desse modo, entram em pauta discussões acerca da assunção dos riscos produzidos pelos seres humanos¹⁹ como (juridicamente) permitidos ou proibidos, os efeitos de tanto e quem pode acabar por eles atingido²⁰ e, pois, da sua própria “gestão” pelo estado, pelo mercado e pela própria sociedade.²¹

19 Anthony Giddens, referindo-se aos tempos atuais ainda como modernidade (em confronto com a pré-modernidade), sustenta que é preciso olhar com atenção para o perfil específico do risco, que a seu juízo pode ser assim delineado: (i) globalização do risco no sentido de sua extensão a toda a humanidade (guerra nuclear); (ii) globalização do risco a partir da multiplicação de eventos (mudança na divisão social do trabalho); (iii) risco derivado do meio ambiente “criado” (não-natural); (iv) riscos ambientais institucionalmente desenvolvidos (pelos mercados de investimentos); (v) risco que pode-deve ser reconhecido como tal; (vi) consciência coletivizada do risco e (vii) consciência das limitações da perícia (e da inevitabilidade de se viver com perigos que estão longe do controle dos indivíduos, das organizações e mesmo dos estados). (Anthony GIDDENS, *As consequências da modernidade*, Trad. Raul Fiker, São Paulo, 1991, 5. “reimpr.”, p. 111-112). Com isso tudo, Giddens acaba por destacar que os riscos da modernidade (para ele; e da pós-modernidade, para Beck) são indubitavelmente fruto da ação humana, isto é, que a sociedade contemporânea se estrutura exatamente “a partir dos riscos humanamente criados”. (ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETO, *Tipicidade penal e sociedade de risco*, São Paulo, 2006. p. 86.)

20 Nessa porção, menciona-se o potencial “efeito bumerangue”, por conta do qual “o agente causador se encontra, ao mesmo tempo, entre aqueles que assumem e sofrem as consequências do risco”. (PIERPAOLO CRUZ BOTTINI, *Crimes*, p. 39). Isto é, como também (e anteriormente) observado por Beck, há verdadeira democratização do risco, no sentido de que todos, indiferentemente das distâncias reais que os separam, estão *in potentia* sujeitos a sofrer com a assunção – por apenas alguns – dos riscos decorrentes da tecnologia. O caso da usina nuclear de FUKUSHIMA, no Japão, prejudicada por conta de um tsunami ocorrido em março de 2011, fala por si, na medida em que se cogita terem sido encontrados peixes contaminados por radiação (césio-137 e estrôncio-90) até mesmo no Alasca e no Canadá.

21 Merece atenção o fato de que a assunção de riscos (naturais ou tecnológicos) por parte das pessoas pode resultar da maior ou menor confiança nas instituições encarregadas de informar, de gerenciar os riscos e de, em situações de crise, enfrentar as situações de emergência. Examinando a situação portuguesa exatamente em relação a

Enfim, o avanço tecnológico, ao mesmo tempo em que traz benefícios, carrega consigo a potencialidade de produzir malefícios, de modo que sempre será preciso ter cuidado, inclusive em relação às reais finalidades que com ele se pretende obter.²²

O interregno temporal entre a descoberta dos raios X (por Wilhelm Conrad Röntgen) – e sua aplicação na medicina (por Madame Curie) – à criação da bomba nuclear (por Einstein e Oppenheimer) foi de “apenas” meio século (1895-1945), o que não se repete e nem tende a se repetir neste momento histórico.²³ Hoje, a velocidade de transformação é infinitamente maior, talvez como fruto voluntário ou involuntário, legítimo ou não, de compartilhamento de informações e de conhecimento em tempo real num “fluxo mundializado de mensagens”, o que faz da presente sociedade da informação, reciprocamente, a sociedade de riscos.²⁴

riscos naturais e tecnológicos, Alexandre Oliveira Tavares, José Manuel Mendes e Eduardo Basto chegam a uma relevante conclusão, qual seja, a de que “é possível estabelecer uma base sólida para implementação de uma cultura de segurança estrutural das populações, que promova epistemologias cívicas relacionadas com o risco e a governação do risco e a construção de um mundo diversificado, mas comum”. (ALEXANDRE OLIVEIRA TAVARES / JOSÉ MANUEL MENDES / EDUARDO BASTO, Percepção dos riscos naturais e tecnológicos, confiança institucional e preparação para situações de emergência: o caso de Portugal continental, *Revista Crítica de Ciências Sociais* [On line], 93, 2011, jun., p. 167-193, p. 189. Disponível em: <https://rccs.revues.org/1380>). E isso é deveras importante, na medida em que o risco “permitido”, “bem informado” e “bem gerido” para a ser um componente palatável para a “definição-assunção” da vida em sociedade, dos seus espaços de ocupação (inclusive geográfico), das possibilidades de trabalho e de desenvolvimento da atividade econômica lícita, e mesmo da definição das rotas “rumo à ecossocioeconomia”- que, de sua parte, reclama atenção para com o crescimento econômico “ambientalmente equilibrado”. (IGNACY SACHS / PAULO VIEIRA, *Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento*, São Paulo, 2007.)

22 PIERPAOLO CRUZ BOTTINI, *Crimes*, p. 88.

23 ROBERTO CESAREO, *Dos raios X à bomba atômica (1895-1945): os 50 anos que mudaram o mundo*, Brasília, 2010.

24 SARA ANDRADE, A informação, p. 210.



“O simples ir e vir de informações não põe uma nação no rumo certo do progresso. Dois aspectos devem ser considerados antes que aceitemos esta hipótese: 1) Que tipo de informação está circulando? 2) Como as pessoas se apropriam dessa informação?”²⁵ A essa problematização, como apresentada por Sara Andrade, seria conveniente – se não mesmo prudente – adicionar, pelo menos, outras duas e importantes indagações: 3) Qual utilidade se dá a tais informações? 4) Alguém deve controlar isso tudo, afinal?

Apenas refletindo acerca de tais questionamentos, na tentativa de oferecimento de respostas, seria possível sustentar que nem sempre o “progresso tecnológico” conduz a uma melhora da vida em sociedade. Günther Jakobs percebeu isso faz muito.

2. Compreensão-assunção dos discursos da “Sociedade de risco” e do “direito penal do inimigo” para a criação e para a aplicação do direito

Nada obstante rechaçada por muitos,²⁶ a doutrina de Günther Jakobs acerca do “direito penal do inimigo” traz para o centro da discussão a possibilidade – por ele sustentada – de se admitir (a construção de) um direito aplicável a uma certa categoria de pessoas (os “cidadãos”) e que não se cogita de estender em relação a outra, de “inimigos” – marcada-

25 *Idem*, p. 211.

26 Dentre eles, Suzana TAVARES DA SILVA (*In* Direitos fundamentais na arena global, 2. ed. Coimbra, 2014. p. 246) e Alexandre Sousa Pinheiro (As liberdades fundamentais e o perigo do “Estado Musculado”, *in* *A crise e do direito público: VI encontro de professores portugueses de direito público*, Lisboa, 2013. p. 47-80. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/.../ebook_encontrodp_31out2013a.pdf.)

mente os “terroristas”,²⁷ sem prejuízo de se reconhecer como social e equivalentemente impressionáveis os riscos criados pelas “organizações criminosas”²⁸.

E aí reside o grande mérito da referida lição, qual seja, o de – embora versando estritamente acerca do direito penal e processual penal – advertir que, na atualidade, urge considerar, em todas as instâncias, a existência de riscos entendidos como “socialmente” aceitáveis e outros como absolutamente inaceitáveis. E mais, que, a partir disso – e no seu entender –, são validamente admitidas (em tese) e construídas (enquanto positivadas) permissões (ou não-proibições) jurídicas a certos comportamentos de pessoas físicas e jurídicas – praticados individualmente, ou não –, a despeito de propiciadores de risco diante (da possibilidade) de perigos assim reconhecidos *ab ovo*.

Apenas como referência, perceba-se que, a partir da década de 90 do século passado, houve franca absorção dos ideais do movimento “lei e ordem” na legislação brasileira.²⁹ Coincidentemente, ou não, muitas das

27 GÜNTHER JAKOBS / MANUEL CANCIO MELIÁ, *Direito penal do inimigo: noções e críticas*, Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, 4. ed., Porto Alegre, 2009. p. 19-48.

28 ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, *As liberdades*, p. 48.

29 “Não por acaso, no Brasil e sob forte influência do movimento *law and order* americano, como bem destaca René Ariel Dotti: <<(…) surgiram nos anos 90 propostas de criminalização de fatos antes penalmente irrelevantes ou que eram sancionados com penas menos graves. Como exemplos marcantes desse fenômeno podem ser mencionados os seguintes diplomas: Lei n.º 8.072, de 25.7.1990 (crimes hediondos); Lei n.º 8.078, de 11.9.1990 (Código de Defesa do Consumidor); Lei n.º 8.137, de 27.12.1990 (crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica e as relações de consumo); Lei n.º 8.176, de 8.2.1991 (crimes contra a ordem econômica); Lei n.º 8.212, de 24.7.1991 (crimes contra a segurança social); Lei n.º 8.666, de 21.6.1993 (crimes relativos às licitações); Lei n.º 9.020, de 13.4.1995 (práticas discriminatórias nas relações de trabalho); Lei n.º 9.034, de 3.5.1995 (organizações criminosas); Lei n.º 9.100, de 29.9.1995 (crimes eleitorais); Lei n.º 9.263, de 12.1.1996 (esterilizações cirúrgicas); Lei n.º 9.296, de 24.7.1996 (interceptação de comunicações telefônicas); Lei n.º 9.426, de 24.12.1996 (novas hipóteses de receptação e adulteração de



obras de Beck – versando sobre os riscos como marco característico da sociedade atual – foram escritas na mesma época,³⁰ de modo a sugerir, pelo menos, que investigações teórico-acadêmicas de índole sociológico-jurídica impactaram e podem continuar impactando (em alguma medida) não apenas a aplicação crítica do direito, mas chegando a alcançar o seu próprio processo de criação.

Com essa moldura, traçada a partir da sociedade “de riscos” (Beck) e do direito penal “do inimigo” (Jakobs), fica fácil perceber os motivos pelos quais a reprovação jurídica a certos comportamentos passa a se importar não apenas com os resultados (que alteram o mundo fenomênico, como o homicídio de alguém), mas também com o “desvalor do próprio comportamento” (com a criação do risco “proibido” – como o simples possuir ou portar arma de fogo, pelas pessoas comuns, no Brasil),³¹ fa-

sinal identificador de veículo automotor); Lei nº 9.434, de 4.2.1997 (remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano); Lei nº 9.437, de 20.2.1997 (porte de arma); Lei nº 9.455, de 7.4.1997 (tortura); Lei nº 9.472, de 16.7.1997 (serviços de telecomunicação); Lei nº 9.503, de 23.9.1997 (Código de Trânsito Brasileiro); Lei nº 9.504, de 30.9.1997 (crimes eleitorais); Lei nº 9.605, de 12.2.1998 (crimes contra o meio ambiente); Lei nº 9.609, de 19.2.1998 (programa de computador); Lei nº 9.613, de 3.3.1998 (lavagem de dinheiro); Lei nº 9.677, de 2.7.1998 (crimes contra a saúde pública); Lei nº 9.983, de 14.7.2000 (crimes previdenciários)>>.” (DANIEL FERREIRA, *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*, Belo Horizonte, 2008, p. 115-116.)

30 DURVAL CARNEIRO NETO, O mal estar do direito penal na pós-modernidade, *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n.55, out./dez. 2016, p. 61-97, p. 81.

31 **Estatuto do Desarmamento** - Lei n.º 10.826/2003:

Posse irregular de arma de fogo de uso permitido

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (...)

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder,

zendo muito dos crimes como uma mera expressão da sociedade global, tecnológica e de riscos.³²

Passa-se a notar, nesse contexto, uma verdadeira corrida à “tipificação de delitos de mera conduta e de perigo abstrato, tipos abertos e normas penais em branco” que instala verdadeira crise na “teoria do delito” – principalmente quando alicerçada no “desvalor do resultado” (de ações) que atinge “bens jurídicos relevantes” e voltada a responder a comportamentos praticados de modo individualizado,³³ ao que se soma o “mal estar” generalizado por conta da responsabilização criminal por atos omissivos, culposos e por conta de mera tentativa (nos dolosos). “Tratados, agora, como <crimes de transgressão>, as condutas perigosas foram tipificadas com vistas a pautas de segurança e controle de riscos, elaboradas por especialistas nas mais diversas áreas científicas e setores tecnológicos”.³⁴

Mas há um evidente problema na assunção dessas considerações como legítimas para os fins pretendidos, em particular colimando a evitação de riscos socialmente indesejáveis: a grande e quase inafastável possibilidade de choque com direitos e garantias fundamentais.

Preocupado com essa situação, José Joaquim Gomes Canotilho investiga os efeitos da junção dos temas do terrorismo e dos direitos fun-

ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm.)

32 DANIEL FERREIRA, *Teoria*, p. 115.

33 DURVAL CARNEIRO NETO, *O mal estar*, p. 91.

34 *Idem*, p. 92.



damentais e inicia invocando os mesmos temas (ou *slogans*) – *Law and Order*, *Zero Tolerance* e *Broken Windows* – para, de partida, referir que o terrorismo semeia o terror também nas estruturas fundantes do direito, mencionando efeitos no direito constitucional e penal.³⁵

Revisando o direito penal “contra o inimigo”, que reconhece exercer forte influência sobre os sistemas penais norte americano e europeu, Canotilho menciona serem três os setores por ele especialmente visados: a legislação anti-terrorista, a criminalidade organizada e a delinquência sexual (pedofilia e pornografia *on line*).³⁶

Nesta porção, reforçando o que adrede sustentado, merece apontamento o fato de que muitos atos terroristas, a grande maioria dos atos praticados por “organizações” criminosas e mesmo a pornografia em ambiente virtual exigem suporte tecnológico para a sua prática, de modo que à margem da sociedade “tecnológica” (= “de riscos”) faria menos sentido, para dizer o mínimo, imaginar-se uma dualidade de regimes jurídicos a aplicar a sujeitos diferentes: cidadãos e inimigos. Para aqueles, o garantista, pautado pelos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, expresso num direito penal e processual penal arraigado ao devido processo legal substancial e à presunção de inocência, atento à necessidade de resposta a situações concretamente perigosas ou danosas e amoldado aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; para estes, um simples esboço de direitos, com “criminalização antecipada”, expressiva do acolhimento de comportamentos de simples perigo indireto como crimes, com penas exacerbadas e ao qual se soma a relativização da própria presunção de inocência.³⁷

35 JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Estudos sobre direitos fundamentais*, São Paulo; Coimbra, 2008. p. 233.

36 *Idem*, p. 236.

37 *Ibidem*.

O argumento usado para tanto, na leitura de Canotilho, residiria no fato de que “o <<inimigo>> nega-se a si próprio como *pessoa*, aniquila a sua existência como *cidadão*, exclui-se de forma voluntária, e a título permanente, de sua *comunidade* e do sistema jurídico que a regula”.³⁸ E o mais importante: a pena, para os inimigos, deixaria de cumprir um fim de função social preventiva socialmente integradora e passaria a atender a reclamos de repressão expiatória, por conta da guerra instalada por eles contra o Estado e a sociedade.³⁹

E isso, conforme Canotilho, configura verdadeiro absurdo, porque deixa-se de atinar para os riscos próprios da civilização tecnológica (químicos, nucleares, medicamentosos e ambientais) e passa-se a “articular o risco com dimensões psicológicas e ideológicas, de forma a poder falar-se do risco existencial causado pelo outro (o <<inimigo>>, o da outra <<tribo>> política, religiosa ou ideológica) e legitimador do recurso a ações preventivas e repressivas constitucionalmente legitimadas e instrumentalmente concretizadoras por um <<direito penal de risco>>”.⁴⁰

Finalizando, Canotilho obtêmpera no sentido de que os riscos legitimadores dos princípios da prevenção e da precaução em matéria ambiental, que se voltam para a proteção das futuras gerações, não podem e nem devem ser invocados ou baralhados para combater as “organizações de risco”, com fundamento na ideia de segurança e defesa dos cidadãos, porquanto não seja possível aproveitar o “sentimento

38 *Idem*, 236-237.

39 *Idem*, 237.

40 *Ibidem*.



de insegurança” e a “angústia tecnológica” para alicerçar novas metodologias no direito constitucional e no direito penal.⁴¹

Contudo, em certa medida é a isso mesmo que se refere como “mal estar do direito penal na pós modernidade”,⁴² exatamente pelo fato de a centralidade do indivíduo (e dos bens jurídicos com ele diretamente imbricados) no discurso do direito penal vir perdendo espaço para bens e valores supraindividuais, como o meio ambiente e a ordem econômica, o que não afasta a invocação de outros, como a ordem pública ou a segurança nacional (tidos como categorias vagas e abstratas por Durval Carneiro Neto).

Nesse vácuo, André Dias Fernandes trata do direito à segurança na sociedade de risco e aponta o terrorismo cibernético como potencialmente mais deletério que a explosão de uma bomba nuclear em lugares determinados, dada sua potencialidade de afetar toda a infraestrutura, como serviços bancários, de telecomunicações, de defesa etc. Ainda assim, contudo, rejeita a indiscriminada e inconstitucional violação de privacidade, intimidade e sigilo das comunicações telemáticas, sem prévia autorização judicial, a pretexto de combate ao terrorismo por meio de ações de prevenção. No ápice de sua investigação, examina a “Lei do

41 *Idem*, p. 240-241. Nesse sentido, a sociedade “da informação” não pode ser confundida com uma sociedade de boatos, de falsas verdades, que por muitos são assumidas como verdadeiros dogmas de fé. É dizer, as inseguranças provenientes dos próprios avanços tecnológicos não podem servir de justificativa per se para atropelamento de direitos fundamentais dos indivíduos. Aliás, com a deliberada e mal-intencionada manipulação de verdades – inclusive tecnológicas – é possível promover verdadeiros absurdos, não apenas de modificação na interpretação e na aplicação do direito, ou na alteração dele próprio, chegando às raízes constitucionais, mas chegar-se ao cúmulo de assim incentivar verdadeiros golpes de estado.

42 DURVAL CARNEIRO NETO, *O mal estar*, p. 90.

Abate” no Brasil, a Lei n.º 9.614/98,⁴³ que alterou o artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.º 7.585/1986),⁴⁴ por meio da qual se autoriza a destruição de aeronaves reputadas hostis sem intervenção judicial, bastando manifestação nesse sentido do Presidente da República ou de autoridade por ele delegada.

Ou seja, o problema não está em se assumir o evidente, que não há direitos fundamentais “absolutos”, mas em enfrentar a sua relativização indiscriminada e *a priori* como eventualmente feita – pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo – apenas com lastro na periculosidade própria do século XXI ou sob o pálio do direito penal do inimigo, mediante capitulação extremada do exercício de tais direitos como crimes ou, quando menos, como infrações administrativas.

3. A restrição a direitos-liberdades fundamentais e a criminalização do seu exercício – o caso da proibição do uso de véus islâmicos e de máscaras em espaços e manifestações públicas

Duas situações mais do que recentes servem para ilustrar o imbróglgio que envolve a “restrição” prévia e generalizada a liberdades fundamentais e têm assumida imbricação com as sensações coletivas de seguran-

43 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9614.htm.

44 **Lei n.º 7.565/1986:** Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos: (...) § 1º A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado. § 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm.)



ça-insegurança em espaços públicos: na União Europeia,⁴⁵ principalmente o uso dos véus islâmicos; no Brasil, o de máscaras.

Muito embora pudessem ter sido invocadas razões para proteção da própria dignidade e liberdade (fundamental) das mulheres para, em tese, garantir-lhes proteção na Europa,⁴⁶ a impressão que fica é no sentido de que a proibição do uso de artefatos cobrindo a face almeja prevenir crimes, dentre os quais, com ainda maior atenção, ataques terroristas, permitindo reconhecimento facial por *hardwares* e *softwares* de última geração.

Na África Ocidental, notadamente no Senegal, o argumento adotado para tanto foi esse mesmo (o de garantir a segurança “nacional” contra os ataques terroristas), mormente em reação aos ataques do Boko Haram.⁴⁷

45 Aos 1º de outubro de 2017, a Áustria se somou à Bélgica, à Bulgária, à Espanha, à França, à Holanda e à Itália na proibição (total ou parcial) do uso do véu islâmico (da burca ou do niqab) na União Europeia. Em que pese as proibições e as sanções (por conta do descumprimento) sejam um pouco diferentes entre si, em regra elas desautorizam prévia, genérica e abstratamente o uso do véu, pelas muçulmanas, em certos espaços públicos. Na recentíssima normativa austríaca, a proibição transcende o véu e inclui máscaras ou quaisquer outros tipos de coberturas faciais que impeçam o reconhecimento público do indivíduo. (BBC BRASIL. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-41460974>.)

46 Isso é possível inferir das próprias leis, na medida em que proíbem o uso, sob pena de multa, para a utente, e de multa agravada e/ou de prisão para quem forçar o uso. Entretanto, isso acaba por colidir com o multiculturalismo que se almeja garantir na própria UE, o que acaba por afastar – direta ou indiretamente, de forma imediata ou mediata – as pessoas entre si a partir de um traço cultural-religioso que, por isso mesmo, estaria a merecer proteção. Aliás, o respeito à cultura (e, dentro dela, cada religião afeita) deveria ser um dos principais elementos a impulsionar o processo de integração do Velho Oriente (EDUARDO BIACCHI GOMES, *União européia e multiculturalismo*, 2008. p. 30.). A proibição do uso da burca caminha em sentido diametralmente oposto.

47 A segurança foi o mote adotado para os estados de Camarões e Chade. VEJA ABRIL. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/mundo/senegal-proibe-uso-de-burca-para-prevenir-ataques-terroristas/>.

Para muitos haverá a impressão de que a liberdade religiosa das muçulmanas foi flagrantemente violada com tais proibições – a despeito de sustentáculo dos modernos estados constitucionais e democráticos de direito, que prezam pela dignidade humana e, por isso mesmo, pela liberdade de consciência, autonomia pessoal e autodeterminação de todos.⁴⁸ Portanto, o caso estaria a revelar que no confronto teórico e apriorístico entre liberdade religiosa e segurança (pública ou mesmo nacional), no continente europeu, esta sagrou-se vencedora.

No Brasil, recentemente foram criadas leis (por suposição) objetivando evitar riscos (e danos) e permitir a apuração de responsabilidades em relação a manifestantes de ruas mediante restrição do “uso de máscaras ou qualquer paramento que oculte o rosto da pessoa em manifestações e reuniões” – conforme se infere da lei paulista (Lei n.º 15.556/2014).⁴⁹ Já a lei fluminense (Lei n.º 6.528/2013), em seu artigo 2º, disciplina ser “especialmente proibido o uso de máscara ou qualquer outra forma de ocultar o rosto do cidadão com o propósito de impedir-lhe a identificação”.⁵⁰

Ocorre que em ambas se aponta ser livre a manifestação do pensamento, sem prejuízo de ser “vedado o anonimato”, como indicado na Constituição da República, e fazer-se necessária prévia comunicação à autoridade policial – assim criando, esta última, uma obrigação-restrição não plasmada na carta política.

48 MÁRCIO EDUARDO PEDROSA MORAIS, Religião e direitos fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no estado constitucional e democrático de direito, *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 18, jul./dez. 2011, p. 225-242, p. 241. Disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/religiao_e_direitos_fundamentais.pdf.

49 Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2014/lei-15556-29.08.2014.html>.

50 Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/4734bd1980be7a2003256b2a0061e644/95394833846e60a583257be5005ec84a?OpenDocument>.



De todo modo, é preciso referir que as duas leis foram promulgadas por conta das manifestações populares da época (2013), contra os governantes de então, oportunidades em que os brasileiros vieram a conhecer – pelo menos em tese – os *black blocs*. Eles foram então apresentados, no Brasil, pela imprensa (formadora de “opinião”, como sói acontecer), como violentos, propensos à destruição do patrimônio (público e privado) e ao embate com as polícias (militar e civil) a partir de imagens colhidas de verdadeiros criminosos em franca atuação, enquanto que os verdadeiramente engajados ao movimento são mencionados pelo jurista Alexandre Coutinho Pagliarini e pela psicóloga Tatiana de Carvalho Socorro como pacíficos e, mais do que isso, como inconfundíveis com terroristas.⁵¹

Portanto, aparentemente foi a “sensação de insegurança” gerada no imaginário dos brasileiros que serviu de pano de fundo para a dupla inovação legislativa, de viés restritivo de liberdades fundamentais (de expressão e de reunião), muito embora garantidas constitucionalmente. E tamanha é a importância disso que o Supremo Tribunal Federal ainda examinará referidas leis com “lupa”, a partir do reconhecimento

51 “(...) tratam-se eles de jovens de classe média alta, estudantes, sem antecedentes criminais e que não se mascaram nem se vestem de preto para cometer ilicitudes, mas, sim, porque quiseram estar caracterizados como manifestantes naquele específico momento que foi o das passeatas de junho de 2013. Na época da queda do presidente Collor, eram os *Caras Pintadas*. Hoje, são os *Black Blocs*. Amanhã poderão ser os *Misérables*. O que importa é se guardar em mente que a manifestação popular é um direito humano fundamental, e nada há que justifique a proibição de se aderir a uma nova moda de vestimenta em passeatas e manifestações políticas pela população; nada!” (ALEXANDRE COUTINHO PAGLIARINI / TATIANA DE CARVALHO SOCORRO, O terror e seus efeitos contra os direitos humanos: estudo interdisciplinar, *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, jan./mar. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=232533>.)

da repercussão geral, já operado, que teve como relator o Ministro Luís Roberto Barroso.⁵²

52 Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIBERDADES DE EXPRESSÃO E REUNIÃO. PROIBIÇÃO DE MÁSCARAS EM MANIFESTAÇÕES. SEGURANÇA PÚBLICA. REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se lei pode ou não proibir o uso de máscaras em manifestações públicas, à luz das liberdades de reunião e de expressão do pensamento, bem como da vedação do anonimato e do dever de segurança pública. 2. Repercussão geral reconhecida. (ARE 905149 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 25/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-263 DIVULG 09-12-2016 PUBLIC 12-12-2016) Manifestação: O SR. MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) 1. Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o qual, por maioria, julgou improcedentes duas representações de inconstitucionalidade que impugnaram a Lei Estadual nº 6.528/2013, cujo art. 2º proíbe o uso de máscaras em reuniões públicas para manifestação do pensamento. Eis a ementa do acórdão recorrido: “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Estadual regulamentando o direito constitucional à reunião pública para manifestação de pensamento (Artigo 15, inciso XVI, da Constituição da República, e 23, da Constituição do Estado). Estabelecimento de vedação ao uso de máscara ou qualquer outra forma de ocultar o rosto do cidadão com o propósito de impedir-lhe a identificação. Conceituação de arma para fins do exercício do direito fundamental em apreço. Determinação da autoridade a qual se deve fazer a prévia comunicação da manifestação. Alegação de vícios formais e materiais na norma impugnada. Teses trazidas pelos representantes e pelo amicus curiae que não se sustentam. Inexistência, na legislação em comento, de qualquer ofensa à ordem constitucional vigente. Representações que se julgam improcedentes, declarando, por conseguinte, a constitucionalidade da Lei Estadual nº 6.528/2013. (Relator originário Des. Sérgio Verani, Relatora designada para o acórdão Des. Nilza Bitar)” 2. Na origem, as representações de inconstitucionalidade foram propostas pelo Diretório Regional do Partido da República e pela Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil no Estado do Rio de Janeiro. A lei ora impugnada prevê o seguinte: “Art. 1º O direito constitucional à reunião pública para manifestação de pensamento será protegido pelo Estado nos termos desta Lei. Art. 2º É especialmente proibido o uso de máscara ou qualquer outra forma de ocultar o rosto do cidadão com o propósito de impedir-lhe a identificação. Parágrafo único. É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Art. 3º. O direito constitucional à reunião pública para manifestação de pensamento será exercido: I- pacificamente; II- sem o porte ou uso de quaisquer armas; III- em locais abertos; IV- sem o uso de máscaras nem de quaisquer peças que cubram o rosto do cidadão ou dificultem sua identificação; V- mediante prévio aviso à autoridade policial. § 1º. Incluem-se entre as armas mencionadas no inciso II do caput, as de fogo, brancas, pedras, bastões, tacos e similares. § 2º. Para os fins do inciso V do caput, a comunicação deverá ser feita à delegacia em cuja circunscrição se realize ou, pelo menos, inicie a reunião pública para manifestação de pensamento. § 3º. A vedação de que trata o inciso IV do caput deste artigo não se aplica às manifestações culturais estabelecidas no calendário oficial do Estado. § 4º. Para os fins do inciso V do caput deste artigo a comunicação deverá ser feita ao batalhão em cuja circunscrição se realize ou, pelo menos, inicie a reunião pública para a manifestação de pensamento; § 5º. Considera-se comunicada a autoridade policial quando a convocação para a manifestação de pensamento ocorrer através da internet e com antecedência igual ou su-



perior a quarenta e oito horas. Art. 4º. As Polícias só intervirão em reuniões públicas para manifestação de pensamento a fim de garantir o cumprimento de todos os requisitos do art. 3º ou para a defesa: I- do direito constitucional a outra reunião anteriormente convocada e avisada à autoridade policial; II- das pessoas humanas; III- do patrimônio público; IV- do patrimônio privado. Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.” 3. Sustenta-se, em síntese, que a lei limita a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV, da CRFB/1988), bem como introduz restrições ao direito de reunião não previstas no art. 23 da Constituição Estadual, que reproduz o art. 5º, XVI, da CF/1988. Segundo a inicial, as únicas restrições possíveis ao direito de reunião se referem a: (i) finalidade pacífica; (ii) vedação do uso de armas; (iii) local aberto ao público; (iv) não frustração de reunião anteriormente convocada para o mesmo local; e (v) prévio aviso à autoridade competente. Fora isso, não seria permitido instituir novas limitações, a não ser no estado de defesa ou sítio (CRFB/1988, arts. 136, § 1º, I, a, e 139, IV). Também não haveria anonimato quando o manifestante está fisicamente presente na reunião, hipótese em que deve se identificar, uma vez instado pelas autoridades policiais. Proibir o uso de máscaras significaria cercear a liberdade de expressão. Além disso, a lei ainda seria excessiva e desproporcional. 4. O Governador do Estado, a Assembleia Legislativa e a Procuradoria-Geral do Estado defenderam a validade da lei. Em síntese, sustentam que o uso de máscaras durante manifestações públicas é uma forma de anonimato vedada pelo art. 5º, IV, da Constituição, com o objetivo dificultar a atuação policial e fugir à responsabilidade pela prática de atos de vandalismo, como ocorreu nas manifestações de meados de 2013. O uso de máscaras desnaturaria a natureza pacífica da manifestação, já exigida pelo art. 5º, XVI, da Constituição. Não se trataria, portanto, de restrição adicional. A lei seria necessária e proporcional, haja vista a necessidade de o Estado resguardar a segurança pública. Em vários outros países também haveria restrições semelhantes. 5. O Instituto dos Advogados Brasileiros IAB foi admitido como amicus curiae e se manifestou pela inconstitucionalidade da lei. Já o parecer do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi pela validade do diploma estadual impugnado. 6. Julgada constitucional a lei pelo Tribunal de origem, o Diretório Regional do Partido da República interpôs recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, a e c, da CRFB/1988. A parte recorrente alega violação ao art. 5º, II, IV, e XVI, da Constituição, bem como aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Ofereceu contrarrazões, o recurso foi inadmitido pelo Tribunal a quo, ao fundamento de que a violação constitucional seria apenas reflexa. Daí a interposição do presente agravo em recurso extraordinário. 7. Feita a breve descrição da hipótese, passo à manifestação. 8. O caso envolve a discussão sobre os limites da liberdade de manifestação do pensamento e de reunião, não apenas pela vedação ao anonimato (CRFB/1988, art. 5º, IV), como também por suas tensões com as necessidades da segurança pública, notoriamente discutidas em razão da atuação dos grupos conhecidos como *black blocs*. A forma peculiar de manifestação desses grupos cujos integrantes são identificados por suas roupas e máscaras pretas, bem como por ações de depredação patrimonial suscitou intensas discussões nos anos recentes. 9. Ao contrário do que entendeu o Tribunal a quo, não se trata de alegada ofensa reflexa. Não há necessidade de analisar nenhum dispositivo infraconstitucional para alcançar o argumento de violação às normas constitucionais invocadas, valendo lembrar que o art. 23 da Constituição fluminense reproduz o art. 5º, XVI, da Constituição da República, hipótese em que esta Corte admite a interposição de recurso extraordinário, ao menos desde a Rcl 383, Rel. Min. Moreira Alves. 10. De resto, a construção de parâmetros na matéria é questão de evidente repercussão geral, sob todos os pontos de vista (econômico, político, social e jurídico), haja vista a relevância e a transcendência dos

Nos cenários europeu-africano e brasileiro foi a (bem ou mal ajustada, de boa-fé ou ardilosa) invocação da segurança (pública, coletiva, e mesmo com a “nacional”) que serviu de argumento para a criação de leis não apenas proibindo, mas criminalizando comportamentos que, em princípio, se prestariam a concretizar o exercício de liberdades fundamentais (de expressão-manifestação e religiosa, principalmente), o que traz à lume uma nova problematização.⁵³

De fato, como observado por Alceu Maurício Junior, “à expansão do conceito de segurança no Estado correspondem as modificações nas instituições e no direito. Observa-se, adaptando um conceito de Ewald, que as transformações no estado de direito sinalizam modificações no <imaginário da segurança> que o justificam e, portanto, também no imaginário político”.⁵⁴ Todavia, a mudança do cenário social e tecnológico, por mais profunda e incontroversa que seja, nem sempre permite uma alteração do sistema jurídico apenas com base em modificações legislativas, situações em que entra em debate a questão da constituição como uma potencial barreira para tanto, ou, melhor, dos direitos

direitos envolvidos num Estado Democrático de Direito. 11. Diante do exposto, manifesto-me no sentido de reconhecer o caráter constitucional e a repercussão geral do tema ora em exame. 12. É a manifestação. Brasília, 3 de agosto de 2016. Ministro LUIZ ROBERTO BARROSO – Relator (Acórdão do STF de 25.08.2016, pesquisável em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12188295).

53 Não por acaso, há relatos de muçulmanas (imigrantes e brasileiras convertidas) que interpretam as reações dos brasileiros ao uso do *hijab* no Brasil como “símbolo de uma religião que apregoa o fanatismo e o terrorismo”. (CRISTINA MARIA DE CASTRO, Usar ou não o hijab no Brasil? Uma análise da religiosidade islâmica em um contexto minoritário, *Relig. soc.* [online], 2015, vol.35, n.2, pp. 363-383, Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0100-85872015v35n2cap15>.)

54 ALCEU MAURÍCIO JUNIOR, Do estado social ao estado de risco: a transformação do paradigma da segurança no estado constitucional de direito, *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 274, jan./abr. 2017, p. 133-173, p. 155.



fundamentais especialmente nela contidos como verdadeiros trunfos contra as maiorias.⁵⁵

No Brasil, logo se poderá ter uma primeira impressão acerca do entendimento da nossa Corte Constitucional quanto a isso, ainda que tomando por base o exame destacado das duas leis apontadas.

Mas se as próprias constituições (e seus textos) podem não se afinar com a mudança dos tempos – e, nesse sentido, das inseguranças e das tecnologias próprias de cada qual – pelo engessamento que provocam (aqui tomado no melhor sentido da palavra), que garantia há de que as leis se prestarão a tanto? Outra vez invocando a experiência brasileira, há projetos de leis que tramitam por décadas sem solução e, ao revés, há outros que tramitam e são aprovados num piscar de olhos, conforme os interesses (e os interessados) direta ou indiretamente envolvidos. Nessa ambiência, tudo indica que a solução para os riscos da vida em curso pode e deve ser outra.

4. Considerações finais: em suma o que se pode e deve esperar do Estado e da Administração Pública na sociedade global, tecnológica e de riscos?

A esta altura, não restam dúvidas acerca das inseguranças da sociedade atual, sejam ou não sejam elas geradas ou propiciadas pela tecno-

55 JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*, Coimbra, 2006. Aliás, a Constituição da República Portuguesa é muito clara ao estatuir que nem mesmo a declaração do estado de sítio (ou de emergência) autoriza “afectar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião” (conforme disposto no n.º 6 do artigo 19.º). Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

logia. O que importa, à margem disso, é assumir que os riscos de hoje e os de cem anos são muito distintos entre si, de modo que a prevenção concebida em data de ontem pode não mais se prestar a solver os conflitos de agora.

Nessa toada considerando que dentre os papéis do Estado continua a existir o de manter a ordem e a segurança pública, impõe-se resgatar o de exercer o “poder de polícia”, seja por meio de lei ou de atos a ela subalternos (como os regulamentos), porém no sentido de condicionar a liberdade e a propriedade dos cidadãos ajustando-as aos interesses coletivos, conforme magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello.⁵⁶ O problema, repita-se, é que

os perigos da sociedade de risco e a sua ameaça à gerações futuras (...) excede a capacidade analítica e de prognose dos especialistas, e, em maior escala, a capacidade de normatização estatal dos efeitos nocivos do desenvolvimento tecnológico, debilitando, assim, o poder administrativo limitado pelo princípio da legalidade, a estabilidade dos fatos geradores da intervenção administrativa e a durabilidade da decisão administrativa.⁵⁷

De conseguinte, e por mais paradoxal que possa parecer, realmente tudo indica que a melhor solução está em adotar-se nas leis (e mesmo nos regulamentos mais gerais e abstratos) “conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, enumerações exemplificativas e tipos e a consequente remessa da concretização do direito para o aplicador ad-

56 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 33. ed., São Paulo, 2016, p. 851.

57 SILVIA FABER TORRES, *A flexibilização do princípio da legalidade no estado de direito*, Rio de Janeiro, 2012. p. 83.



ministrativo”,⁵⁸ conforme sustentado por Silvia Faber Torres ao tratar da segurança jurídica em tempos de risco, ou da própria sociedade de risco – se se preferir.⁵⁹

Afinal de contas, a despeito da falta de qualidade técnica de alguns administradores públicos, no que são acompanhados, em sua grande maioria, pelos legisladores, ainda há que se confiar na solução de enfrentamento e superação dos riscos do século XXI também – e, quiçá, principalmente – partir do exercício da discricionariedade “técnica”, aqui assumida como aquela necessária para apresentar o conteúdo próprio (e científico) dos conceitos jurídicos indeterminados veiculados na lei e nela atribuída ao exercente de função administrativa.

58 *Idem*, p. 84.

59 Nem se cogite, com essa afirmação, que se está abrindo mão da segurança jurídica e permitindo-se ao agente administrativo interpretar e decidir, no exame de um específico caso concreto, se alguém incorreu em proibição alicerçada em conceito jurídico indeterminado, *e.g.* O fato de se entender o regulamento como o mais adequado para superação da crise instalada pela sociedade de risco exige, ainda assim, que ele atenda a todas as exigências do princípio geral da segurança jurídica e do princípio da precisão ou determinabilidade dos normativos (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2. ed., Coimbra, 1998, p. 250). Fabrício Motta faz-se assertivo quanto a isso: “o princípio da segurança jurídica pode exigir que seja previamente fixada – e lavada ao conhecimento do público – a acepção conferida pela Administração a um conceito de menor densidade, *a priori* indeterminado”. (*In Função normativa da administração pública*, Belo Horizonte, 2007, p. 204.)

Em outras palavras: “Neste ambiente surge, ainda, a discussão acerca da (im)possibilidade de a lei adotar conceitos jurídicos indeterminados para estipulação da moldura normativa tipificante (*e.g.*, presteza e urbanidade – incisos V e XI do art. 116 da Lei nº 8.112/90). Entende-se não haver problemas nisso, desde que o destinatário da norma possa – por qualquer meio prévio – segura e objetivamente compreender em que consiste a obrigação-proibição, e que *não se admita* haver discricionariedade administrativa (entendida como liberdade, ainda que nos limites da lei) na conclusão de alguém ter incidido, ou não, no comportamento reprovável. A exigência, no caso, é de <simples> interpretação jurídica, como aponta Luis Manuel Fonseca Pires”. (DANIEL FERREIRA, *Infrações e sanções administrativas*, in *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*, Tomo: Direito Administrativo e Constitucional, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas> .

Ademais, se há prejuízo para a democracia a partir do (aparente) saber tecnológico exercitado pelos parlamentares (e do não-saber dos cidadãos), o mesmo se replica em relação aos gestores públicos, de modo que a chamada de atenção de Luís S. Cabral de Moncada para o déficit de legitimação acompanha o cenário tanto na atuação legislativa como administrativa.⁶⁰ Sendo assim, ratifica-se como a melhor solução aquela concentrada no poder executivo em relação à prevenção de riscos da contemporaneidade.

Tratando da regulação das atividades econômicas e de serviços públicos, Sérgio Guerra chega a similar conclusão: “por meio da regulação permite-se o exercício da capacidade técnica das entidades descentralizadas para dispor com maior densidade do que a legislativa sobre as matérias que lhes competem para equilibrar, de maneira cíclica e prospectiva, o subsistema regulado”,⁶¹ “visando afetar minimamente direitos e garantias fundamentais”.⁶²

Nessa esteira, ainda, o fenômeno de regulação dos riscos, como permitidos ou “proibidos”, se desloca do direito penal (quando assumido como subsidiário ou de *ultima ratio*)⁶³ para o direito administrativo, passando a exigir – mais do que nunca – uma atuação previdente, o que repercute no incremento de leis e de regulamentos (inclusive provenientes

60 LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *Ensaio sobre a lei*, Coimbra, 2002, p. 159-160.

61 SÉRGIO GUERRA, Sociedade de riscos e incertezas: o controle judicial sobre as escolhas regulatórias, *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 95, jan./fev. 2016, p. 155-174, p. 159.

62 SÉRGIO GUERRA, Regulação estatal e novas tecnologias, *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 100, nov./dez. 2016, p. 201-214, p. 205.

63 “Jorge de Figueiredo Dias, em Portugal; José Cerezo Mir, na Espanha e Eugenio Raúl Zaffaroni, na Argentina, entendem que o crime exige um potencial ofensivo a bens jurídicos em muito relevantes para sua idônea capitulação (...).” (DANIEL FERREIRA, *Teoria*, p. 118.)



de “agências reguladoras”) das mais variadas ordens (como a ambiental, concorrencial, consumerista, da energia elétrica, do mercado financeiro etc.) capitulando como infrações – agora administrativas – comportamentos de “mera conduta” e “culposos”.⁶⁴

Ainda assim, a eventual acomodação das liberdades fundamentais (dentre as quais a de liberdade religiosa e de manifestação) a partir de distintos interesses públicos (como a segurança) mostra-se muito menos traumatizada por disposições normativas de índole administrativa do que penal, o que atende ao princípio da intervenção mínima e aos imperativos de adequação, necessidade e proporcionalidade (em senso estrito).⁶⁵ Não por acaso argumentou-se que a lei fluminense seria excessiva e desproporcional, motivo – em teoria – mais do que substancial para o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.⁶⁶

E tudo isso, percebe-se, não foge do controle judicial ou do contencioso administrativo, que recai, inclusive, sobre o exercício da discricionariedade técnica. Luis Manuel Fonseca Pires (no Brasil)⁶⁷ e António Francisco de Sousa (em Portugal)⁶⁸ mostram-se seguros ao defender que o controle deve ser irrestrito mesmo na seara dos conceitos jurídicos indeterminados.

64 Isto é, quando, não mesmo, de “mera voluntariedade” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso*, p. 884-885; e Daniel FERREIRA, *Sanções administrativas*, São Paulo, 2001, p. 66-67.)

65 José Roberto Pimenta OLIVEIRA, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 2006, p. 480-482.

66 Vide nota de rodapé n.º 51.

67 LUÍS MANUEL FONSECA PIRES, *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*, Belo Horizonte, 2013, p. 119-122; 205-215.

68 ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, *Conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo*, Coimbra, 1994. p. 180-182.

E como na Europa o Poder Judiciário entende – pelo menos, por enquanto – que a proibição legal do uso do véu islâmico não atenta contra a liberdade fundamental e individual religiosa porque “ajustadamente” cede frente ao imperativo coletivo de segurança pública e, no Brasil, a decisão do Supremo Tribunal Federal ainda é desconhecida, a única conclusão cogitável é a de que há teses suficientemente idôneas, nos dois sentidos, a ponto de preencherem os requisitos para revolvimento “de fundo” perante os órgãos judicantes.

Ou seja, o tema é candente, atual e sinaliza um primeiro dos muitos problemas que estados e administrações públicas do século XXI terão de enfrentar face os riscos tecnológicos, que não param de aumentar. Se a isso se somar, mesmo subliminarmente, o discurso do direito penal do inimigo, tudo sugere que a insegurança própria destes tempos acabará por gerar o espaço social, político, jurídico-administrativo e até mesmo jurisdicional necessário para que os direitos e as garantias fundamentais, principalmente individuais, acabem por esmorecer frente aos anseios e medos da coletividade.⁶⁹

Um deles, por certo, já se instalou no imaginário comum e é o de pronta resposta às “ameaças” crescentes à segurança pública, a despeito de, muitas vezes, a sociedade estar mal informada e deliberadamente manipulada para fornecer o mínimo de resistência aos avanços estatais no sentido de manutenção do poder (o maior tempo possível) e com o menor esforço.

69 José Joaquim GOMES CANOTILHO tratou precisamente disso em manifestação feita perante o Supremo Tribunal de Justiça (em Lisboa), aos 26 de abril de 2007, que restou assim intitulada: “um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política e a politização da justiça”. Disponível em: www.stj.pt/ficheiros/coloquios/jspp_gomescanotilho.pdf



Em suma, é preciso ficar cada vez mais atento aos riscos tecnológicos e na forma eleita para sua prevenção: no Brasil, em Portugal e no mundo. Outrossim, para os excessos legais ou regulamentares, a resposta é o reconhecimento de sua inconstitucionalidade e/ou ilegalidade. Em resposta aos exageros, fáticos ou jurídicos, com ou sem “amparo” em lei, cabe a apuração de responsabilidades. Quanto aos danos, decorrentes de atos ilícitos (e mesmo lícitos), causados ou propiciados por (in)ação de agentes públicos, nessa condição, impõe-se a reparação aos prejudicados.

Aliás, na última situação indicada, o sacrifício extraordinário imposto a poucos (restringindo-se liberdades fundamentais, por meio de ato abstrato e geral – lei; ou individual e concreto – ato administrativo) no interesse de muitos (almejando-se, *e.g.*, a segurança coletiva) acaba por redundar no dever estatal de ressarcir os danos materiais e morais a quem eventualmente causados. E essa solução parece “adequada”. Afinal, assim se pode distribuir – de modo equânime e à toda coletividade – os encargos decorrentes de seu prestigiamto em detrimento de direitos fundamentais dos indivíduos, dentre os quais a liberdade religiosa e de manifestação.

Administração Pública e Liberdades Fundamentais¹

JOÃO MANUEL DA SILVA MIGUEL²

Resumo

O texto visa expor um enunciado e reflexão das principais ferramentas hermenêuticas ao dispor do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do percurso e labor jurisprudencial desenvolvido pelo Tribunal na sua densificação, concretização e consolidação como fatores de promoção e proteção dos direitos humanos convencionalmente reconhecidos.

Os três acórdãos recenseados e analisados, na perspetiva em que o são, pretendem mostrar e confirmar alguns dos princípios hermenêuticos trabalhados.

1 O presente texto tem por base a intervenção oral apresentada sob o tema *Administração Pública e Liberdades Fundamentais*, no âmbito da Conferência *A prevenção da corrupção e outros desafios à boa governação da Administração Pública*, organizada pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP), pelo Centro de Investigação de Direito Público (CIDP), e pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), em colaboração com a Ordem dos Advogados (OA), na Faculdade de Direito de Lisboa, em 12 de outubro de 2017, ao qual foi retirada a expressão coloquial, foram introduzidos afeiçãoamentos e aditadas notas de rodapé, com o propósito de esclarecer ou atualizar afirmações que nele se fazem.

2 Juiz Conselheiro e Diretor do Centro de Estudos Judiciários



Palavras-Chave

Interpretação evolutiva * Obrigações positivas * Noções autónomas * Margem de apreciação dos Estados * Medidas provisórias

Abstract

This text aims at to elaborate and reflect on the main hermeneutical tools available to the European Court of Human Rights, the way and jurisprudence efforts developed by the Court in its densification, concretization and consolidation as factors for the promotion and protection of human rights conventionally recognized.

The three listed judgments and analyzed, in the perspective of which they are, intend to point out and confirm some of the hermeneutic principles worked out.

Key words

*Evolutionary interpretation * Positive obligations * Autonomous concepts * Margin of appreciation * Interim measures*

Sumário:

1. Introdução. 2. Interpretação evolutiva. 3. Obrigações positivas dos Estados. 4. Noções autónomas. 5. A margem de apreciação dos Estados. 6. Medidas provisórias. 7. Análise de casos. 7.1. Caso *Ramos Nunes de Crvalho de Sá c. Portugal*. 7.2. Caso *Roman Zakharov c. Rússia*. 7.3. Caso *Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy c. Finlândia*. 8. Duas notas finais.

1. Introdução

1.1. Neste Encontro de saberes dos dois lados do Atlântico, irmanados no propósito de debater questões relevantes relativas à boa governação da Administração Pública, afigurou-se relevante trazer para este painel sobre Administração Pública e Liberdades Fundamentais, o olhar da hermenêutica e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, expressão abreviada de *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*³, (doravante apenas Convenção Europeia ou Convenção), como instrumento de promoção e proteção dos direitos humanos.

3 A Convenção Europeia foi assinada em Roma a 4 de novembro de 1950 e entrou em vigor a 3 de setembro de 1953. Portugal assinou a Convenção no dia 22 de setembro de 1976. Foi aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro, publicada no *Diário da República*, I Série, n.º 236/78 (retificada por Declaração da Assembleia da República publicada no *Diário da República*, I Série, n.º 286/78, de 14 de dezembro), tendo sido efetuado o depósito do instrumento de ratificação junto do Secretário-Geral do Conselho da Europa no dia 9 de novembro de 1978, e entrado em vigor na ordem jurídica portuguesa em 9 de novembro de 1978.

Portugal ratificou todos os Protocolos adicionais, à exceção do Protocolo n.º 16, adotado em Estrasburgo, em 2 de outubro de 2013, nos termos do qual tribunais superiores de uma Alta Parte Contratante para o efeito designados, podem formular pedidos de parecer consultivo ao Tribunal sobre questões de princípio relativas à interpretação ou aplicação dos direitos e liberdades definidos pela Convenção. O Protocolo n.º 15, adotado em Estrasburgo, em 24 de junho de 2013, apesar de ratificado, ainda não se encontra em vigor por não ter sido ratificado por todas as Partes Contratantes da Convenção, nos termos da condição inscrita no seu artigo 7.º.

São partes da Convenção Europeia 47 Estados.

O Montenegro foi o último Estado Parte a aderir à Convenção, em 6 de junho de 2006.

O Protocolo XIV foi o último texto adicional à Convenção a ser negociado e a entrar em vigor. Neste momento decorrem negociações com a União Europeia com vista à sua adesão à Convenção Europeia, em implementação do que se dispõe no artigo 59.º, n.º 2, da Convenção, na redação do Protocolo XIV, no qual se afirma que “A União Europeia pode aceder à Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, e no artigo 6.º, n.º 2, do Tratado de Lisboa, ao prescrever que “A União adere à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”.



E tudo isso tendo presente que a Convenção Europeia e os seus Protocolos jamais aludem nos seus articulados ao direito administrativo e, em matéria de Administração Pública, ela se deduz de uma esporádica referência a Administração do Estado no artigo 11.º da Convenção.

Apesar disso, como se verá, a Convenção Europeia, tal como interpretada pelo Tribunal Europeu, constitui um instrumento de promoção e proteção dos direitos, mesmo incluindo os direitos relevando ou questionados em ambiente administrativo⁴.

De facto, fora dos direitos processuais garantidos, de que o artigo 6.º é a sua referência primeira, e onde a dimensão civil ou penal deve estar presente para recair na esfera de competência da Convenção e do Tribunal, e por isso o enorme laboral jurisprudencial na caracterização do seu conteúdo e limites, para os demais direitos convencionalmente reconhecidos não é determinante o ambiente civil, criminal, laboral ou outro em que as situações litigiosas ocorram, bastando a sua recondução à matéria substantiva dos direitos inscritos na Convenção e recaiam na alçada dos poderes públicos do Estado, incluindo não só as relações verticais entre os cidadãos e o Estado mas também as relações horizontais, entre particulares e nas suas relações entre si, nos casos em que o Tribunal o tem admitido.

4 De que são exemplos, entre outros, os casos relativos ao direito a uma indemnização independentemente da origem do diferendo e da competência dos tribunais cíveis ou administrativos, acórdão de 24 de novembro de 1994, proferido no caso *Beaumontin c. França*, à aprovação de uma transação imobiliária pela autoridade administrativa, acórdão de 22 de outubro de 1984, no caso *Sramek c. Áustria* (§34), à licença de transporte público, acórdão de 27 de outubro de 1987, no caso *Pudas c. Suécia*, à indemnização por ato ilícito dos poderes públicos, independentemente de a autoridade pública ter agido *jus imperii* ou *jure gestionis*, acórdão de 8 de julho de 1987, no caso *Baraona c. Portugal*.

É esse o testemunho que a todos trago, com o beneplácito da Senhora Professora Doutora Carla Amado Gomes, a quem saúdo e na sua pessoa felicito todos os organizadores, colaboradores e esta Faculdade – a minha Faculdade –, desejando uma proveitosa troca de saberes e experiências, reciprocamente enriquecedora e motivadora de novas reflexões.

1.2. A Convenção Europeia não alude a direito administrativo ou outros ramos do direito, além do civil e penal. De facto, a Convenção, fortemente tributária do espírito dos direitos cívicos e das liberdades fundamentais, deixou de fora da sua área de intervenção os direitos económico-sociais.

Salvo esparsas incidências incorporadas na Convenção – Direito de reunião e associação (artigo 11.º), direito de propriedade (artigo 1.º do Protocolo n.º 1) e direito à instrução (artigo 2.º do Protocolo n.º 1) – os direitos económico-sociais passariam a ser reconhecidos na Carta Social Europeia⁵⁻⁶.

5 A Carta Social Europeia foi aberta à assinatura em 16 de outubro de 1961, e objeto de revisão em 1996, pela Carta Social Europeia revista, aberta à assinatura em 3 de maio de 1996, sendo reconhecidos os seguintes direitos: Direito ao trabalho (artigo 1.º); Direito a condições de trabalho justas (artigo 2.º); Direito à segurança e higiene do trabalho (artigo 3.º); Direito a uma remuneração justa (artigo 4.º); Direito sindical (artigo 5.º); Direito a negociação coletiva (artigo 6.º); Direito das crianças e adolescentes à proteção (artigo 7.º); Direito das trabalhadoras à proteção da maternidade (artigo 8.º); Direito à proteção da saúde (11.º); Direito à segurança social (artigo 12.º); Direito à assistência social e médica (artigo 13.º); e Direito dos trabalhadores migrantes e das suas famílias à proteção e à assistência (artigo 19.º).

6 A Carta Social Europeia Revista foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 64-A/2001, de 17 de outubro, publicada no *Diário da República*, I Série-A, n.º 241/2001, 1.º Suplemento, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 54-A/2001, da mesma data. Portugal formulou uma declaração relativamente às disposições do artigo 2.º, n.º 6 (contratos cuja duração não exceda um mês ou aos que prevejam um período normal de trabalho semanal não superior a oito horas, bem como aos que tenham carácter ocasional e ou particular) e do artigo 6.º, cuja vinculação não afeta, no que respeita ao parágrafo 4.º, a proibição do *lock out*, estabelecida no n.º 4 do artigo 57.º da Constituição da República Portuguesa.



Solução diversa foi seguida pela Convenção Interamericana dos Direitos do Homem que inscreve no conjunto dos direitos objeto de proteção, os direitos económicos, sociais e culturais, embora limite as obrigações dos Estados neste domínio, pois permite, como se estabelece no respetivo artigo 26.º, que aquelas se restrinjam à adoção de providências necessárias para conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos, na medida dos recursos disponíveis.

Não obstante o quadro concetual no âmbito do direito a um processo equitativo, a Convenção pode ainda conferir proteção indireta, a situações relevando do domínio administrativo ou laboral ou outro, se as mesmas se reconduzirem à “determinação de direitos e obrigações de carácter civil” ou “sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal”.

São estas as expressões que o artigo 6.º emprega no n.º 1, e sobre as quais tem sido longa, consistente e expansiva a jurisprudência do Tribunal, socorrendo-se de critérios hermenêuticos criados e usados para que a Convenção não constitua um mero repositório de direitos ilusórios, mas que estes sejam efetivos e verdadeiros.

Para alcançar esses objetivos o tribunal socorre-se, em particular, dos instrumentos que a seguir se desenvolvem, onde incluo a interpretação evolutiva, as obrigações positivas, a margem de apreciação dos Estados e os conceitos autónomos ou noções autónomas, concluindo com uma abordagem concisa relativa às medidas provisórias.

2. Interpretação evolutiva

2.1 Quiseram os Estados deixar-se escrutinar por uma instância internacional e independente, com funções jurisdicionais, quando à forma

como garantem aos cidadãos que relevem das suas jurisdições relativamente ao catálogo de direitos que reputaram dever garantir e que antes se enunciaram.

Os direitos reconhecidos na Convenção Europeia foram definidos num contexto temporal e social determinado, tendo a sociedade sofrido profundas mudanças desde então.

De facto, o Tribunal, a quem a Convenção atribui a competência para apreciar todas as questões relativas à interpretação da Convenção e dos respetivos protocolos (artigo 32.º, n.º 1, da Convenção), tem uniforme e continuamente decidido que a Convenção é um instrumento vivo a interpretar à luz das condições de vida atuais, e que o crescente nível de exigência em matéria de direitos humanos e das liberdades fundamentais implica, paralela e inelutavelmente, uma maior firmeza na apreciação das ofensas aos valores fundamentais das sociedades democráticas⁷.

Importa no entanto aludir que o sistema de proteção europeu não ficou refém das conceções e conteúdo dos direitos no momento da sua adoção pela Convenção. Ao longo dos anos, o ativismo jurisprudencial do tribunal foi alargando a proteção substantiva ou processual dos direitos inscritos na convenção a situações de facto que reclamavam proteção, bem como deduzindo outros direitos, como é o caso dos direitos

7 Queixa n.º 25803/94, caso *Selmouni c. França*, acórdão de 28 de julho de 1999, §101.

Quando outra fonte não for indicada, os acórdãos ou decisões do Tribunal Europeu podem ser consultados, na língua oficial, em francês ou inglês, no sítio HUDOC do Tribunal, no endereço <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>



dos transexuais ou homossexuais ou do direito a um ambiente são, uns e outro deduzidos do direito à vida privada e familiar⁸.

Para esse fim, o Tribunal tem extraído do texto convencional, através de regras próprias da hermenêutica, princípios gerais, que passou a seguir, dessa forma retirando da Convenção virtualidades que os seus fundadores não terão concebido ou representado.

2.2. Por via da interpretação das suas disposições, no quadro das normas do direito internacional sobre a interpretação dos tratados, mas perfilhando uma abordagem teleológica que realize o seu objeto e finalidades, o Tribunal tem vindo a socorrer-se daquilo que começou por designar por “interpretação dinâmica” e se fixou em “interpretação evolutiva”⁹.

Com essa designação, seguida em inúmeros acórdãos, o Tribunal quer significar que a Convenção é um instrumento vivo que deve ser interpretado à luz das conceções de vida atuais.

Interpretação dinâmica e progressiva que alarga o espetro da previsão das disposições convencionais e garante maior efetividade dos direitos.

8 Vd., acórdãos de 22 de outubro de 1981, caso *Dodgeon c. Reino Unido*, de 11 de julho de 2002, caso *Christine Goodwin c. Reino Unido*, ou de 21 de dezembro de 1999, no caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*. Em matéria de ambiente e sua correlação com este direito vd., entre outros, os acórdãos de 9 de dezembro de 1994, caso *Lopes Ostra c. Espanha*, de 19 de fevereiro de 1998, caso *Guerra c. Espanha*, de 2 de outubro de 2001, caso *Hatton e outros c. Reino Unido*, e de 30 de novembro de 2004, no caso *Öneryildiz c. Turquia*.

9 O termo interpretação evolutiva em vez de interpretação dinâmica foi usado no acórdão *Johnston e Outros c. Irlanda*, de 18 de dezembro de 1986, §§53 e 57, sendo hoje unanimemente aceite.

Induz mudanças jurisprudenciais, no sentido do reforço da garantia dos direitos reconhecidos, mas balizado pelo princípio do Estado de direito, suportado pela segurança jurídica, para não ser posta em causa por mudanças bruscas na jurisprudência.

No caso *Tyrer c. Reino Unido*, estando em causa castigos corporais, o Tribunal afirma que não poderia deixar de ser influenciado pelo desenvolvimento de *standards* comumente aceites na política criminal dos Estados membros do Conselho da Europa ao considerar se castigos corporais judicialmente infligidos eram compatíveis com o disposto no artigo 3.º da Convenção, sendo afirmado que o que é determinante são os padrões correntemente aceites na sociedade europeia e não aqueles vigentes quando a Convenção foi adotada.

Mas o Tribunal tem sido cauteloso na adoção de novos *standards*.

Em regra, o Tribunal arrima-se às práticas seguidas nos Estados respetivos, mas sem com isso significar que aguarda pela adoção desses padrões em todos os Estados. No caso *Marckx c. Bélgica*¹⁰, estando em causa a apreciação do estatuto dos filhos nascidos fora do casamento, o Tribunal bastou-se com a verificação de que um estatuto de igualdade se encontrava na “grande maioria” dos Estados.

Com este ativismo jurisprudencial o Tribunal assume-se como um órgão que, na vasta variedade europeia, promove a harmonização dos diversos regimes jurídicos de direitos humanos vigentes nos Estados par-

10 Acórdão do pleno do Tribunal, de 13 de junho de 1979, disponível *online* no seguinte endereço: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["marckx"\],"documentcollectionid":\["COMMITTEE","DECISIONS","COMMUNICATEDCASES"\],"CLIN":\["ADVISORYOPINIONS","REPORTS","RESOLUTIONS"\],"itemid":\["001-57534"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{) (acedido em 20 de janeiro de 2018).



tes. Os métodos da interpretação visam “europeizar” a sua jurisprudência e por via dela, reforçar a sua coerência e autoridade.

Através da interpretação evolutiva o Tribunal adapta por via pretoriana a Convenção Europeia às condições de vida atuais, cultivando ainda “a possibilidade de ajustar constantemente a Convenção à evolução dos costumes e das mentalidades, a fim de a preservar de todo o anacronismo”¹¹.

3. Obrigações positivas

3.1. O recurso às *obrigações positivas* dos Estados tem permitido ao Tribunal progredir na verificação da garantia de uma maior proteção dos titulares dos direitos. Através delas, amplia-se o campo de aplicação dos direitos definidos na Convenção e “o conseqüente controlo jurisdicional sobre as obrigações dos Estados em casos de não cumprimento, se por causa dele resultarem violações desses direitos”.

A doutrina tem dedicado atenção às *obrigações positivas*¹², seu conteúdo e limites, mas a riqueza da jurisprudência do Tribunal justifica que lhe dediquemos um maior espaço de reflexão.

11 *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, FRÉDÉRIC SUDRE (dir.), Bruxelas, Bruylant, 1998, p. 42.

12 KHANLAR HAJIYEV, «The evolution of positive obligations under the European Convention on Human Rights – by the European Court of Human Rights», in *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant / The European Convention on Human Rights, a living instrument, Essays in honour of Christos L. Rozakis*, Brussels, Bruylant, 2011, pp. 207-218.

A Convenção Europeia não comporta alusão expressa a obrigações positivas dos Estados no seu articulado ou nos protocolos subsequentes. De facto, como outros instrumentos de proteção dos direitos fundamentais de primeira geração, estava em causa uma injunção às autoridades públicas, que se deveriam abster de ingerir de forma arbitrária no gozo e exercício dos direitos reconhecidos aos cidadãos. Aos Estados impunham-se, essencialmente, obrigações negativas. Os Estados obrigavam-se a um *non facere*; perante direitos, como o direito à vida, que não necessitam da sua intermediação, deveriam abster-se de agir para o efetivo exercício do direito.

O conceito de obrigações positivas dos Estados é uma realidade de criação pretoriana e em constante mudança, dependendo a sua compreensão dos contributos que a jurisprudência lhe vai progressivamente aportando, não se prestando a uma apreensão definitiva e imutável, que possa ser objeto de avaliação final.

Muitas vezes, a fronteira entre obrigações positivas e obrigações negativas dos Estados relativamente a uma determinada atuação não é fácil de traçar, mostrando a jurisprudência como, na prática, as duas podem aparecer misturadas¹³.

O recurso às obrigações positivas para providenciar efetiva concretização dos direitos e liberdades garantidos na Convenção é indissociável do uso da interpretação evolutiva de que o Tribunal se socorre para captar e delimitar o conteúdo jurídico dos direitos nela consagrados.

13 J-F AKANJI-KOMBE, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les droits de l'homme, n.º 7, Conseil de l'Europe, 2006, p. 12.



3.2. A teoria das obrigações positivas apela à iniciativa dos poderes públicos, sancionando mesmo as omissões, mas não basta para assegurar uma verdadeira eficácia horizontal dos direitos convencionalmente reconhecidos¹⁴.

No entanto, a extensão das obrigações positivas é condicionada pela margem de apreciação dos Estados¹⁵ na sua aplicação, tendo em conta as circunstâncias de lugar e tempo, a natureza do direito em causa, o fim da ingerência e a existência de um denominador comum nos sistemas jurídicos dos Estados Partes.

No caso *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido*¹⁶, o Tribunal traça o conteúdo e limites das obrigações positivas nestes termos: “Especialmente na questão em exame, a extensão da obrigação de um Estado admitir no seu território familiares de imigrantes, depende da situação das pessoas em causa. Além disso, o Tribunal não pode esquecer que o presente litígio diz respeito não só a vida da família, mas também a imigração, e que de acordo com um princípio de direito internacional bem assente, os Estados têm o direito, sem prejuízo das obrigações que para eles decorrem dos compromissos assumidos pelos tratados a que se vincularam, de controlar a entrada de estrangeiros no seu território.”

14 D. SPIELMANN, « *Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention* », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, FRÉDÉRIC SUDRE (dir.), Bruxelas, Bruylant, 1998, p. 135, nota 7. As obrigações positivas no contexto das relações privadas são designadas por vezes de *indirekte Drittwirkung* (efeito horizontal indireto), enquanto que a *direkte Drittwirkung* respeitaria ao efeito horizontal direto entre pessoas privadas. Vd, também, quanto a este aspeto, *ob. cit.* na nota anterior, p. 15 e FRÉDÉRIC SUDRE *et alii*, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Col. *Thémis – Les grands décisions de la jurisprudence*, Presses Universitaires de France, Paris, 1.ª edição, 2003, pp. 26-31.

15 Vd, *infra*, n.º 5.

16 Acórdão de 28 de maio de 1985, §67. De igual modo, quanto à margem de apreciação, vd. o acórdão de 26 de março de 1985, proferido no caso *E e Y c. Holanda*.

É afirmado¹⁷ que a melhor definição de obrigações positivas é que elas corporizam o dever de agir do Estado¹⁸.

A noção de obrigações positivas representa a transformação de uma fórmula negativa, as obrigações negativas, a que se associa um novo elemento- a inerência-, que a justifica como forma de concretizar ou tornar efetivo o direito convencionalmente reconhecido. Noutros termos, “a noção de obrigações positivas passa de um lado pela transformação de uma fórmula negativa de um direito numa obrigação positiva, do outro, pela teoria da inerência segundo a qual a obrigação positiva extraída pelo juiz é inerente ao direito convencional por necessária à sua efetividade”¹⁹.

3.3. Segundo alguns autores, o fundamento técnico-jurídico das obrigações positivas repousa na concorrência de três fatores que constituem a sua base teórica.

Em primeiro lugar, a formulação do artigo introdutório da Convenção, que impõe aos Estados o dever de garantir os direitos nela definidos a todas as pessoas que relevem das respetivas jurisdições; em segundo lugar, o princípio constantemente reafirmado de que os direitos convencionais devem ser efetivos não só na teoria como na prática; e, em terceiro lugar, o princípio derivado do artigo 13.º da Convenção (Direito a um recurso efetivo), de que os Estados devem colocar à disposição dos cidadãos

17 ALASTAIR MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Portland Oregon, 2002, p. 2.

18 Voto de vencido do juiz MARTENS no caso *Gul c. Suíça*, acórdão de 19 de fevereiro de 1996. Afirmou textualmente: “*Negative obligations require member States to refrain from action, positive to take action*”.

19 D. SPIELMANN, *Obligations positives*, p. 137.



meios efetivos internos para a concretização na prática de reações às ofensas dos direitos nela garantidos.

KEIR STARMER²⁰ apresenta a seguinte classificação de obrigações positivas, a que os Estados se encontram sujeitos, devendo, para delas se desonerar:

Dotar os respetivos ordenamentos jurídicos internos de um quadro legal que garante uma efetiva proteção dos direitos definidos na Convenção²¹;

Prevenir a ocorrência de ofensas aos mencionados direitos, em, pelo menos, situações derivadas de ofensas a direitos fundamentais, como o direito à vida, a direitos pessoais, como o direito ao respeito da vida privada e familiar, e da insuficiência de um quadro legal que constitua uma efetiva garantia de proteção²².

Prestar informação e aconselhamento, em caso de violação de direitos²³.

20 KEIR STARMER, *European Human Rights Law*, London, Legal Action Group, 1999, cap. 5, *apud* ALASTAIR MOWBRAY, *ob. cit.*, p. 5.

21 Vd. acórdão de 26 de março de 1985, caso *X & Y c. Holanda*. Estava em causa a insuficiente proteção, prática e efetiva, como se refere no acórdão, conferida pelo direito penal a uma menor abusada sexualmente. Vd, tb, os acórdãos proferidos em de 28 de março de 2000, nos casos *Mahmut Kaya c. Turquia*, (§85), e *Kiliç c. Turquia* (§62).

22 Acórdãos de 28 de outubro de 1998, caso *Osman c. Reino Unido*, publicado na *Recueil des Arrêts et Décisions*, de 13 de junho de 1976, caso *Marckx c. Bélgica*, e de 21 de junho de 1988, caso *Plattform Ärzte für das Leben c. Áustria*,

23 Acórdão de 19 de fevereiro de 1998, proferido no caso *Guerra c. Itália*. Neste acórdão, apreciava-se uma queixa apresentada por cidadãos italianos residentes nas proximidades de uma fábrica de produtos químicos, que se queixavam de ofensa à sua vida privada e familiar pelos riscos que a mesma causava. O Tribunal considerou que, no caso, “os requerentes ficaram, até à paragem da produção de fertilizantes em 1994, à espera de informações essenciais que lhes tivessem permitido avaliar os riscos que pudessem resultar para si e para os seus familiares do facto de continuarem a residir em (...), uma região também exposta ao perigo em caso de acidente nas instalações da fábrica” (§60).

Agir em caso de ofensa ao direito, nomeadamente pela instauração de inquérito²⁴.

Fornecer aos cidadãos os meios destinados a prevenir violações dos seus direitos²⁵.

É afirmado que se há obrigações positivas que se impõem pelos próprios termos da Convenção, um maior e mais extenso complexo de obrigações, de contornos menos claramente definidos, foi deduzido pelo tribunal, através da interpretação evolutiva da Convenção.

3.4. Voltando ao artigo 1.º da Convenção, que ao ser interpretado conjugadamente com alguns destes direitos, dele o Tribunal tem concluído pela existência de obrigações negativas e positivas dos Estados.

As obrigações positivas estão normalmente associadas a direitos económicos, sociais e culturais, com implicações financeiras, nomeadamente exigindo a instalação de serviços de saúde ou de escolas para a consagração do direito à saúde ou à efetivação do direito à educação.

24 Acórdão de 25 de setembro de 1997, caso *Aydin c. Turquia*. Neste caso, o Tribunal afirma que, havendo alegações fundadas de tortura praticadas por agentes do Estado, a noção de recurso efetivo implica, além do pagamento de indemnização aplicável ao caso, a abertura de inquérito, exaustivo e efetivo com vista à identificação e punição dos responsáveis, e comportando a acessibilidade da vítima ao inquérito (§103). No mesmo sentido, entre outros, os acórdãos de 2 de setembro de 1998, caso *Yasa c. Turquia*, e de 8 de julho de 1999, caso *Çakici c. Turquia* (GC). Sobre a noção de recurso efetivo, a que se refere o artigo 13.º da Convenção, vd, em particular, os Acórdãos de 26 de outubro de 2000, no caso *Kudla c. Polónia*, e de 15 de janeiro de 2009, no caso *Bourdov c. Rússia* (n.º 2), (queixa n.º 33509/04), onde se faz um enunciado das linhas estruturantes que deve compreender.

25 Acórdão de 9 de outubro de 1979, caso *Airey c. Irlanda*. Escreve-se neste acórdão, que o respeito efetivo pela vida privada e familiar impõe tornar acessível um meio a quem o deseja usar. Ora, a requerente não teve a ele acesso, não tendo podido fazer intervir o Supremo Tribunal, para poder reclamar a consagração jurídica da separação de facto do seu marido (§33).



Mas a imposição de obrigações positivas aos Estados pode também estar associada a direitos civis e políticos. Na convenção Europeia, algumas dessas obrigações derivam do próprio texto convencional. É o que ocorre, por exemplo, com a obrigação de proteger o direito à vida (artigo 2.º, n.º 1), com a obrigação de disponibilizar condições prisionais que não sejam desumanas (artigo 3.º), com a obrigação de disponibilizar tribunais, apoio judiciário e interpretação para que se realize um processo equitativo (artigo 6.º), e a obrigação de organizar eleições livres (artigo 3.º do Protocolo n.º 1)²⁶.

3.5. A par de obrigações positivas derivadas diretamente do texto convencional, o Tribunal também dele retira obrigações positivas implícitas, num labor jurisprudencial iniciado com o aludido acórdão de 13 de junho de 1979 (caso *Marckx c. Bélgica*). Estava aqui em causa uma alegada violação do direito à vida familiar (artigo 8.º).

O Tribunal afirma que este direito não vincula apenas o Estado a abster-se de ingerências na vida familiar, pois além deste compromisso de natureza negativa podem acrescentar-se obrigações positivas inerentes a um efetivo respeito da vida familiar» (§31), que foram desrespeitadas porquanto, além do mais, a legislação belga sobre a família não permitia uma efetiva proteção jurídica, não tornando possível a integração de uma criança filha de mãe solteira na sua família, não lhes facultando o gozo de uma verdadeira vida familiar²⁷.

26 Seguiu-se D. J. HARRIS, M. O'BOYLE, e C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Dublin, Edinburgh, Butterwoods, 1995, p. 19.

27 Idêntica fundamentação foi desenvolvida no caso *Airey c. Irlanda* (§32), já citado.

3.6. A vinculação dos Estados a obrigações positivas não se esgota na apreciação de situações eventualmente configuráveis como violação da dimensão substantiva dos direitos reconhecidos na Convenção. De facto, o Tribunal tem apreciado também a vertente processual dessas violações e se os Estados se têm desonerado adequadamente dessas obrigações, nomeadamente estando em causa o direito à vida, em que é exigida a instauração de inquérito oficial, imparcial, independente e eficaz, quando a morte de pessoas ocorreu como consequência do uso da força de, *inter alios*, agentes do Estado ou entidades públicas²⁸.

4. Noções autónomas

4.1. Do universo de princípios que o Tribunal se tem socorrido para delimitar o conteúdo e limites das situações que recaem no âmbito da sua competência, a teoria das «noções autónomas» merece um particular destaque.

Por “noções autónomas”, “conceitos autónomos” e “autonomia dos conceitos” significa-se o poder de interpretação do Tribunal sobre as disposições convencionais e seus protocolos de modo autónomo quanto ao sentido e alcance que possam ter em direito interno certos conceitos nelas incorporados²⁹.

28 Vd, entre outros, os acórdãos *McCann c. Reino Unido*, de 27 de setembro de 1995 (Queixa n.º 18984/91) e *Ergi c. Turquia*, de 28 de julho de 1998.

29 FRÉDÉRIC SUDRE *et alii*, *Les grands arrêts*, p.35, explica que os acórdãos do Tribunal Europeu, *Engels e Outros c. Países Baixos*, de 8 de junho de 1976, e *König c. Alemanha*, de 28 de junho de 1978, são os “acórdãos fundadores da técnica das ‘noções autónomas’ utilizada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para assegurar a uniformidade indispensável da interpretação da Convenção”. Sobre os princípios da interpretação autónoma e o seu conteúdo e limites, vd, pp. 35-40.



Afirma-se que a melhor definição deste conceito foi dada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, no acórdão de 14 de outubro de 1976, proferido no caso *LTU c. Eurocontrol*³⁰, em que estava em causa a interpretação da Convenção de 27 de setembro de 1968, relativa à Competência Jurisdicional e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial, mas que é válida para toda a Convenção Internacional, a interpretação autónoma deve “fazer referência não ao direito de qualquer dos Estados-membros em causa, mas, por um lado, aos objetivos e ao sistema da convenção e, por outro, aos princípios gerais que resultam do conjunto dos ordenamentos jurídicos nacionais”.

Assim, a noção de “acusação criminal” constante do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção tem sido interpretada de forma autónoma pelos órgãos convencionais por referência ao preciso significado que possa ter no direito interno dos estados partes.

O Tribunal afirma, a este propósito, que a noção de acusação criminal, para efeitos convencionais, se define, em geral como “a notificação oficial, emanada da autoridade competente, da censura de ter cometido uma infração penal; mas essa notificação pode revestir a forma de outras medidas, implicando igual censura ou acautelando repercussões importantes para a situação do suspeito, tais como a prisão ou a abertura de um inquérito.”³¹

E assim, nesta definição cabem situações que, internamente, podem ser qualificadas como administrativas ou disciplinares, como o Tribunal examinou no acórdão 8 de junho de 1976, no caso *Engel e outros c. Holanda*.

30 Proferido no processo n.º 29/76, em 14 de outubro de 1976, pesquisável em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de211aa6a06d7f4ad39bb5aaf80cd2ba7b.e34Kaxilc3eQc40LaxqMbN4Pb30Oe0?text=&docid=89285&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=460058>

31 CABRAL BARRETO, *Convenção...*, p. 159. Vd. Acórdão de 28 de fevereiro de 1980, no caso *Deweer c. Bélgica*.

De igual modo, quanto à noção de bens, a que se refere o artigo 1.º do Protocolo n.º 1, o Tribunal tem-na interpretado numa aceção abrangente e autónoma, independente das qualificações que recebe em direito interno, não se limitando aos bens corpóreos, mas abrangendo, em termos gerais, todos os bens³², atuais, como uma expectativa jurídica, ou um crédito, quando se reporte a dívidas certas e exigíveis.

Também as noções de “vida privada”, prevista no artigo 8.º da Convenção, ou de “direitos e obrigações de carácter civil”, ou de “tribunal” e de “testemunha”³³, ou de “vítima”³⁴ têm uma dimensão que vai para além da sua densificação em direito interno.

5. Margem de apreciação dos Estados

5.1. O princípio da margem de apreciação dos Estados que desempenha um papel central na interpretação da Convenção e da dimensão dos poderes que o Tribunal entende estarem confiados aos Estados Contratantes quando intervêm no domínio legislativo, administrativo ou judicial no âmbito de um direito garantido pela Convenção.

A expressão margem de apreciação dos Estados não é usada na Convenção ou nos trabalhos preparatórios, mas é perfilhada em centenas de acórdãos. Recentemente, com a revisão da Convenção operada pelo

32 Acórdão de 23 de fevereiro de 1995, caso *Gasus Dossier-und Fördertechnik GmbH c. Holanda* (queixa n.º 15375/89), §53.

33 Assim, compreende-se naquele conceito, um agente infiltrado (acórdão de 15 de junho de 1992, caso *Lüdi c. Suíça*, §44), um perito (acórdão de 28 de agosto de 1991, caso *Brandstetter c. Áustria*, §62), ou ainda pessoa ouvida nas fases preliminares do processo (acórdão de 24 de novembro de 1986, caso *Unterpertinger c. Áustria*, §31).

34 Para os efeitos do disposto no artigo 34.º da Convenção.



Protocolo XV, ainda não entrado em vigor, a expressão passou a integrar o acervo convencional, incorporada no último considerando do Preâmbulo, por aquele introduzido e pelo qual se pretende reforçar a subsidiariedade do sistema de proteção³⁵.

Através da margem de apreciação reconhece-se que aos Estados são cometidos espaços de decisão na conformação dos direitos definidos na Convenção, permitindo-se-lhes que adotem os meios necessários para alcançar o fim desejado.

Estão sobretudo em causa direitos que podem ser objeto de restrições, ainda que taxativas, previstas na lei e necessárias numa sociedade democrática, para proteção da segurança pública, da ordem, da saúde, ou da moral pública ou para proteção dos direitos de outrem, como são o caso dos direitos referidos no artigo 8.º (Direito à vida privada e familiar), 9.º (liberdade de pensamento, de consciência e religião), 10.º (Liberdade de expressão) 11.º (Liberdade de reunião e de associação).

Extensivamente tem sido também aplicada em situações relativas ao direito de propriedade.

5.2. Por via do controlo desta margem de apreciação, o Tribunal assume-se competente para apreciar situações que decorram da ingerência dos Estados na compressão do exercício de direitos, sempre que tal ingerência não se conforme aos pressupostos em que é admitida. Assim

35 Assim formulado, com tradução livre da versão em francês: “Afirmando que incumbe em primeiro lugar às Altas Partes Contratantes, de acordo com o princípio da subsidiariedade, garantir o respeito dos direitos e liberdades definidos na presente Convenção e seus Protocolos, e que, ao fazê-lo, gozam de uma margem de apreciação, sob o controlo do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem estabelecido pela presente Convenção.”

não acontecerá sempre que a ingerência não estiver prevista na lei, não visar um fim legítimo, e não for necessária numa sociedade democrática.

A questão foi analisada pela primeira vez, no acórdão de 7 de dezembro de 1976, proferido no caso *Handyside c. Reino Unido*.

O Tribunal explica que não obstante os Estados estarem em melhor posição do que a instância internacional para valorar a exata dimensão da necessidade dos requisitos exigidos naqueles artigos para a restrição do direito, eles não gozam de um poder ilimitado de descrição, cabendo ao Tribunal um poder de supervisão, no sentido de avaliar se a restrição ao gozo do direito é conciliável com a proteção que a Convenção lhe confere.

A “margem de apreciação interna vai assim de par com uma supervisão Europeia”³⁶.

Dessa forma, a margem de apreciação reconhecida aos Estados, cujos contornos são, em larga medida, imprecisos, está sujeita à crítica do Tribunal que, no exercício da sua competência nesse domínio, tem reconhecido a existência de violações dos Estados, nomeadamente no contexto do direito à liberdade de expressão³⁷.

36 Como se lê expressamente no n.º 49 do citado acórdão: “The domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision”.

37 Especificamente no caso português, nos casos submetidos à apreciação do Tribunal Europeu no contexto do direito à liberdade de expressão, o Tribunal tem entendido que penas impostas pelos tribunais nacionais, em processos criminais em que estão em confronto a proteção do segredo de justiça ou da defesa do bom nome e a liberdade de expressão, não se conformam, nos casos respetivos, com o exercício do direito e tem reconhecido a sua violação.

Foi o que aconteceu, nomeadamente, nos casos *Vicente Jorge Silva c. Portugal*, acórdão de 28 de setembro de 2000, e *Eduardo Dâmaso c. Portugal*, acórdão de 24 de abril de 2004.



Os princípios balizadores³⁸ em que repousa a margem de apreciação dos Estados devem considerar a proteção efetiva, a subsidiariedade e revisão, as ingerências permitidas que, em qualquer caso, só o são, nos direitos de natureza não absoluta, e deverão estar previstas na lei, prosseguir um objetivo legítimo e serem necessárias numa sociedade democrática, a proporcionalidade, e o consenso ou o “Consenso Europeu”³⁹.

6. Medidas provisórias

6.1. A disposição introdutória da Convenção Europeia declara que as Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa relevando da sua jurisdição os direitos e liberdades nela enunciados. Desta obrigação de respeitar os direitos humanos irá o Tribunal extrair os fundamentos para garantir a efetividade dos direitos reconhecidos, em particular através do recurso às obrigações positivas, a que adiante aludiremos.

Ao atribuir a um órgão jurisdicional poderes para dizer com força vinculativa que os Estados, através das suas autoridades, violaram

38 Sobre os princípios estruturantes acabados de enunciar a serem respeitados pela margem de apreciação dos Estados, vd o estudo divulgado pelo Conselho da Europa em https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp.

39 O Tribunal Europeu socorre-se do consenso europeu como meio de justificação e legitimação das suas decisões. No domínio onde há um consenso entre os Estados Contratantes sobre uma dada questão o TEDH tenderá a uma interpretação evolutiva dos direitos reconhecidos na Convenção; pelo contrário onde o consenso não se mostre presente, o Tribunal deixa espaço à margem de apreciação dos Estados.

Neste âmbito, vd. os acórdãos de 16 de dezembro de 1999, proferido no caso *T. c. RU*, §§71-72 (Idade mínima de imputabilidade), de 3 de janeiro de 2003, proferido no caso *L e V c. Áustria*, §50 (igual idade do consentimento para relações heterossexuais, lésbicas e homossexuais), de 5 de junho de 2015, caso *Lambert e Outros c. França* (autorização para suicídio assistido ou eutanásia) e o voto concordante no acórdão de 27 de janeiro de 2015, proferido no caso *Rohlena c. República Checa* (Crime continuado – voto concordante).

a Convenção, estes estão a limitar-se nos seus poderes de autoridade, transferindo parcela da sua soberania para outra instância assim se auto limitando para a realização de um fim comum: a preservação de valores fundamentais, corporizados nos direitos enunciados na Declaração Universal que foram recebidos na Convenção.

É o caso, nomeadamente, de situações decorrentes da expulsão, em especial por violação do regime jurídico dos estrangeiros, ou da extradição de cidadãos para Estados onde possam ser sujeitos a tortura ou tratamentos desumanos ou degradantes pelas autoridades do Estado recetor.

Nesses casos, sempre que o Estado não se abster de dar sequência à expulsão ou extradição de pessoa que possa vir a ser sujeita a ofensa aos seus direitos reconhecidos na Convenção constitui-o em responsabilidade pela violação desse direito.

6.1 Neste contexto, assumem particular relevância as *medidas provisórias* que o Tribunal pode impor no decurso do processo, que mais não são do que medidas cautelares destinadas a garantir que o Tribunal não seja impedido de conhecer do mérito do caso.

A doutrina admitia que o Tribunal as podia aplicar, apesar de o texto convencional nisso ser omissivo, ao contrário do que acontece com a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos [artigo 63.º, n.º 2)].

Não obstante essa omissão, o Regulamento do Tribunal continha e contém uma disposição (artigo 39.º⁴⁰), nos termos do qual a Secção ou

40 Assim formulado, com as alterações introduzidas em 2005, 2012 e 2013 (tradução livre do original em francês):



o seu presidente podem indicar às partes a adoção de qualquer medida provisória que considerem dever ser adotada no interesse das partes ou do bom desenrolar do processo.

6.2. As medidas provisórias têm sido usadas em regra em casos limite, visando responder a situações em «a violação da Convenção apre-sente aspetos graves e de continuidade», ou em que a execução imediata de uma medida decretada a nível nacional torne inútil, ou sem efeitos reparadores adequados a posterior decisão do Tribunal.

São exemplos destas situações e sua matriz referencial, aquelas em que alguém se encontre em detenção em circunstâncias suscetíveis de poder constituir tratamento desumano ou degradante, sendo o Tribunal levado a pedir a suspensão das condições de execução da medida, até à sua decisão do caso; e aquelas em que, encontrando-se alguém na iminência de ser expulso ou extraditado para país onde pode ser objeto de tortura ou maus tratos ou tratamento desumano ou degradante, o Tribunal solicite às autoridades nacionais a suspensão da execução da medida até que ele se pronuncie (caso *Abu Salem c. Portugal*, decisão de 9 de maio de 2006).

“Artigo 39.º

Medidas Provisórias

1. A Secção ou, consoante o caso, o presidente da Secção ou um juiz de turno designado nos termos do n.º 4 deste artigo podem, quer a pedido de uma das partes ou de outra pessoa interessada, seja por iniciativa própria, indicar às partes qualquer medida provisória que considerem dever ser adotada no interesse das partes ou do bom desenrolar do processo.
2. Se necessário, o Comité de Ministros é imediatamente informado das medidas adotadas no caso.
3. A formação ou, se for caso disso, o presidente da Secção ou um Juiz de turno designado nos termos do n.º 4 deste artigo podem solicitar às partes informações sobre qualquer questão relativa à execução das medidas provisórias indicadas.
4. O presidente do Tribunal pode designar vice-presidentes da secção como juízes de turno para decidir os pedidos de medidas provisórias.”

Mais recentemente, o Tribunal tem alargado a aplicação da medida a situações relevando do disposto nos artigos 5.º (direito a liberdade e segurança) e 6.º (direito a um julgamento justo), quando existe o risco de uma “flagrante negação da justiça” em caso de expulsão ou extradição, como ocorreu no acórdão de 17 de janeiro de 2012, proferido no caso *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, ou ainda em situações protegidas pelo artigo 8.º (direito ao respeito pela vida privada e familiar), quando haja risco potencialmente irreparável para a vida privada ou familiar, de que são exemplos os acórdãos de 6 de julho de 2010 e de 10 de julho de 2012, proferidos, respetivamente, nos casos *Neulinger e Shuruk c. Suíça*, e *B. c. Bélgica* (queixa nº 4320/11).

6.3. Não tendo estas medidas assento convencional, pois, como se aludiu a sua fonte normativa é o Regulamento do Tribunal, o Tribunal hesitou quanto à sua vinculatividade para os Estados.

Num primeiro momento (acórdão de 30 de março de 1991, caso *Cruz Varas c. Suécia*, §§102-102), o Tribunal entendeu que o seu não cumprimento pelos Estados não constituía violação do texto convencional, quando impõe, no artigo 34.º, que as partes contratantes se comprometeram a não criar qualquer entrave ao exercício do direito de queixa individual.

Referiu então, que não se poderia deduzir da norma convencional (atual artigo 34.º, antes artigo 25.º), tomada isoladamente ou em conjugação com o artigo 39.º do Regulamento, ou em qualquer outra fonte, um poder de ordenar medidas provisórias com força vinculativa (§§102-103).

6.4. Porém, mais recentemente, o Tribunal viria a pronunciar-se de forma diversa e inovadora, no acórdão de 4 de fevereiro de 2005, proferido no caso *Mamatkulov e Askarov c. Turquia*.



Para fundamentar a alteração da jurisprudência, o Tribunal lembrou, em primeiro lugar, que a Convenção deve ser interpretada à luz das regras do Direito dos tratados consubstanciadas na Convenção de Viena, e tomando em conta a natureza particular da Convenção Europeia, e, em toda a medida do possível, em harmonia com outros princípios de direito internacional.

Depois, sublinhou que não obstante as medidas provisórias constantes dos diversos textos de direito internacional serem reguladas de forma diversificada, as instâncias de controlo, analisando as consequências para os Estados que não observem as decisões em que sejam solicitados a observá-las, delas retiram uma natureza vinculativa.

Nesse quadro e analisando essas medidas já no contexto da vigência do Protocolo n.º 11, que veio conceder ao direito de queixa individual um verdadeiro direito de ação no plano internacional para fazer valer os direitos e liberdades que a Convenção confere ao cidadão, o Tribunal assinala que a interpretação do alcance das medidas provisórias não pode ser dissociado do processo no qual são impostas e da decisão de mérito que visam proteger.

Por último, o Tribunal teve presente as soluções jurisprudências das diversas instâncias internacionais (Tribunal Internacional de Justiça, acórdão de 27 de junho de 2001, caso *LaGrand, Alemanha c. EUA*; do Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem, onde destaca, entre outros, os despachos de 25 de maio e 25 de setembro de 1999, no caso *James e Outros v. Trinidad e Tobago*; da Comissão Interamericana dos Direitos do Homem, decisões de 26 de maio e de 29 de setembro de 1999, no caso *James e outros c. Trinidad e Tobago*; do Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas, de 19 de outubro de 2000, no caso *Dante Piandiong, Jesus Morallos e Archie Bulan c. Filipina*, e do Comité das Nações Uni-

das Contra a Tortura, decisão de 10 de novembro de 1998, caso *Rosana Núñez Chipanda c. Venezuela*)⁴¹, nos termos da qual foi confirmado que a pretensão dos direitos invocados pelas partes representa um objetivo essencial das medidas provisórias em Direito Internacional face ao risco irreparável que, de outro modo, pode acontecer para a parte em favor de quem é proferida.

Por tudo isso, o Tribunal concluiu não só que a inobservância das medidas provisórias por um Estado Contratante deve ser considerada como impedindo o Tribunal de examinar eficazmente um pedido de requerente, entretanto, assim, o exercício eficaz de seu direito o que constitui violação do artigo 34.º da Convenção, como também que o Estado Parte ao não conformar-se com as medidas provisórias indicadas, nos termos do artigo 39.º do Regulamento, não respeitou as obrigações que lhe competiam por força daquela norma convencional.

41 O fundamento normativo para todas estas instâncias impõem estas medidas provisórias repousa, umas vezes, nos próprios textos convencionais, outras vezes nos Regulamentos das organizações internacionais de proteção dos direitos humanos. Assim, o Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, no artigo 41.º, n.º 1, contempla expressamente essa possibilidade, tal como o já referido artigo 63.º, n.º 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Já o Regulamento é a sede onde está inscrita a possibilidade de usar essa providência em: Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas (artigo 86.º); Comité das Nações Unidas Contra a Tortura (artigo 108, §9); e na Comissão Americana de Direitos Humanos (artigo 25.º). Assinala-se que também o Protocolo à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos relativo à criação de um Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos, de 10 de junho de 1998, entrado em vigor no dia 25 de janeiro de 2004, contempla expressamente, no artigo 27.º, n.º 2, que, em casos de gravidade e urgência extremas e quando for necessário para evitar prejuízo irreparável, o tribunal pode adotar as medidas cautelares que repute necessárias. Este Tribunal tem feito uso destas medidas, nomeadamente na decisão de 25 de março de 2011, proferida no caso *Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos c. Líbia* (queixa n.º 4/2011), acessível na Internet, em: http://www.africancourtcoalition.org/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=42&Itemid=33&lang=en (acedido em 20 de janeiro de 2018).



7. Análise de casos

Expostos, em grandes linhas, as ferramentas essenciais da hermenêutica do Tribunal Europeu, dá-se nota de três situações relevando de matéria administrativa que foram levadas à apreciação e decisão do Tribunal Europeu e das soluções encontradas: os casos *Ramos Nunes de Carvalho de Sá c. Portugal*, com acórdão proferido em 21 de junho de 2016, ainda pendente no Tribunal Pleno⁴², relativo ao respeito do processo equitativo em matéria disciplinar, *Roman Zakharov c. Rússia*, com acórdão do tribunal pleno de 4 de dezembro de 2015 (GC), em que estava em causa escutas telefônicas e a alegada inexistência de meio interno para as impugnar, e o caso *Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy c. Finlândia* (GC), com acórdão do tribunal pleno de 27 de junho de 2017, e onde estava em jogo a proteção de dados fiscais e a liberdade de expressão.

7.1. Caso Ramos Nunes de Carvalho de Sá c. Portugal

A requerente, juíza de direito, em três processos disciplinares contra si movidos pelo Conselho Superior da Magistratura (doravante CSM), alega a violação do seu direito a um processo equitativo, nas dimensões do acesso a um tribunal independente e imparcial, do direito de contestar os factos estabelecidos pelo CSM, em vista da requalificação efetuada e dos quais não foi informada em detalhe nem teve prazo nem condições para a preparação da defesa, bem como do seu direito à realização de uma audiência pública, nos termos previstos no artigo 6.º da Convenção.

42 Apesar de não se tratar de decisão definitiva, por ter sido interposto “recurso” para o Tribunal Pleno. Já foi realizada audiência de julgamento, aguardando-se que seja proferido acórdão.

O tribunal apreciou a admissibilidade da queixa, quanto às dimensões civil e penal, analisando se os respetivos pressupostos se encontravam preenchidas.

A este propósito, o Estado, pela sua Agente, entendia que a queixa era inadmissível, por não recair quer no âmbito civil, uma vez que não “existe nenhum pedido fundado extraído da determinação de direitos e obrigações de carácter civil”, quer no âmbito penal, atendendo a que “são sanções disciplinares clássicas desprovidas do grau de gravidade de uma sanção penal”, enquanto a requerente argumentava de forma oposta⁴³.

O Tribunal lembrou que o artigo 6.º da Convenção aplica-se na sua dimensão civil à “determinação”⁴⁴ relativa a “direitos” de “carácter civil” reconhecidos em direito interno, quer estejam ou não protegidos pela Convenção, e que se possam invocar, pelo menos de modo fundado, devendo tratar-se de uma “determinação real e séria, que pode abranger a própria existência do direito e seu objetivo ou as modalidades de exercício”⁴⁵.

No caso em apreço, o processo em causa respeita à contestação pela requerente às decisões do CSM que lhe aplicaram sanções no termo dos três processos disciplinares; para além disso, quanto à existência de um direito, o Tribunal aceita que os processos em causa eram decisivos para os direitos da requerente na medida em que poderiam ter-lhe sido reconhecidos se os tribunais nacionais tivessem dado provimento aos recursos e anulado as sanções disciplinares aplicadas pelo CSM.

43 Vd. os argumentos apresentados pelo Estado português e pela requerente, respetivamente nos n.ºs 53 e 55 do acórdão.

44 A tradução portuguesa da Convenção está, neste particular, arrimada à versão inglesa *determination of his civil rights*, enquanto a versão francesa fala de *contestations sur ses droits et obligations de caractère civil*.

45 Vd. n.º 57 do acórdão.



Para além disso, quanto ao “caráter civil” do direito, na aceção do artigo 6.º da Convenção, o Tribunal sublinha que, de acordo com a sua jurisprudência, os litígios entre o Estado e os seus funcionários são, em princípio, abrangidas pelo âmbito de aplicação da Convenção, salvo se se mostrarem preenchidas duas condições: que o direito interno do Estado em questão exclua especificamente o acesso a um tribunal relativamente ao cargo ou categoria de funcionários em questão; e que tal derrogação se funde em motivos objetivos relacionados com o interesse do Estado.

No caso concreto, a primeira daqueles condições não está preenchida, por a lei interna prever a possibilidade de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça de deliberação do CSM por quem para isso tenha legitimidade, como ocorreu com a requerente, que fez uso do direito e interpôs recurso, nos termos do artigo 168.º da Lei n.º 21/85, de 30 de julho de 1985.

O Tribunal concluiu, assim, que a questão em causa recaía no âmbito da vertente civil, o que o levou a prescindir de a examinar no plano do âmbito penal.

Em face do exposto, o Tribunal, socorrendo-se dos instrumentos interpretativos ao seu dispor, e em particular na integração dos conceitos autónomos, assumiu a sua competência para conhecer do caso, vindo a apreciá-lo nas dimensões suscitadas- independência e imparcialidade do CSM, face à sua composição orgânica, o âmbito da competência do STJ para conhecer do recurso, e a realização de audiência pública e reexame dos factos fixados pelo CSM – e concluído pela existência de violação a um processo equitativo, como garantido pelo n.º 1 do artigo 6.º da Convenção Europeia.

7.2. Caso Roman Zakharov c. Rússia

Neste caso, o requerente, editor-chefe de uma editora, alegava que o sistema de interceção secreta para comunicações de móveis na Rússia, previsto na lei e em vigor, tinha violado o seu direito ao respeito da sua vida privada e correspondência e que o ordenamento russo não previa um recurso efetivo que lhe permitisse efetivar o seu direito.

De acordo com o requerente, tinha havido uma ingerência nos seus direitos em resultado da mera existência de legislação que permite a interceção secreta de telecomunicações móveis e o risco de ser submetido a medidas de interceção, e não como resultado de qualquer medidas concreta de interceção que lhe tivesse sido aplicada.

De facto, alegou que, de acordo com a legislação russa relevante, os operadores de redes de telecomunicações móveis implementaram um mecanismo que permite que o Serviço Federal de Segurança (FSB) intercecte qualquer comunicação telefónica sem autorização judicial prévia e, por isso, pediu ao tribunal que fosse emitida uma injunção ordenando a retirada do dispositivo em questão e velasse que o acesso às telecomunicações só fosse concedido a pessoas autorizadas.

As jurisdições nacionais russas rejeitaram o pedido do requerente, considerando, em particular, que ele não demonstrou que tivesse havido interceção das suas comunicações telefónicas e que os operadores de redes móveis haviam transmitido informações protegidas a pessoas não autorizadas; consideraram, ainda, que a instalação do aludido sistema não constitui, por si só, uma violação da confidencialidade das suas comunicações.

Não tendo o ordenamento jurídico e as jurisdições internas dado satisfação à sua pretensão, o requerente queixou-se ao Tribunal Europeu



alegando que a interceção secreta de telecomunicações móveis desrespeitava o seu direito, reconhecido pelo artigo 8.º da Convenção.

O Tribunal Europeu, por acórdão de 4 de dezembro de 2015 do tribunal pleno, na sequência da devolução do caso pela secção⁴⁶, conheceu da situação, quanto à admissibilidade e ao mérito.

A questão controvertida da qualidade de vítima, que o Estado rejeitava, atenta a hesitação da jurisprudência, suscitava uma questão de admissibilidade.

O conceito de vítima, a que se refere o artigo 34.º da Convenção Europeia, tem dado origem a intensa elaboração jurisprudencial, recaindo o conceito no âmbito das noções autónomas.

Especificamente quanto às vítimas que não foram objeto de uma lesão direta do direito, como é o caso, por o requerente não ter sido interceptado nas suas comunicações, mas existir um risco de que tal aconteça, o Tribunal já se tinha pronunciado.

Depois de fazer um extenso desenvolvimento da jurisprudência desde o caso *Klass e Outros c. Alemanha* (acórdão de 6 de dezembro de 1978) até ao caso *Kennedy c. Reino Unido* (acórdão de 10 de maio de 2010), o Tribunal afirma, no n.º 173 do acórdão, que “a abordagem no caso Kennedy proporciona-lhe a flexibilidade necessária para lidar com todos os tipos de situações que podem surgir no domínio da vigilância secreta no que se refere às especificidades dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, ou seja, os remédios existentes e as circunstâncias pessoais de cada candidato”.

46 Vd. Artigo 72.º do Regulamento do Tribunal Europeu.

Conclui o Tribunal que o requerente pode pretender-se vítima de uma violação resultante da mera existência de medidas secretas de vigilância ou de legislação que permita tais medidas quando estiverem preenchidas condições relativas ao conteúdo e limites da legislação, e à existência de recursos internos ao dispor de pessoa que pretenda atacar a aplicação de tais medidas.

No n.º 178 do acórdão, o Tribunal explica as razões que justificam examinar, em abstrato, a legislação em apreço, as quais decorrem do “caráter secreto das medidas de vigilância previstas na legislação em causa, a sua ampla aplicação, uma vez que afetam todos os utilizadores dos serviços de telecomunicações, e a ausência de meios eficazes que permitam impugnar internamente a alegada aplicação de tais medidas.”

A atribuição da qualidade de vítima ao requerente no presente caso representa uma evolução e consolidação da jurisprudência num domínio em que a mesma não era uniforme e, simultaneamente, a afirmação do conceito, enquanto noção autónoma, e da interpretação evolutiva como instrumento de hermenêutica.

Quanto ao mérito do caso, o Tribunal depois de enunciar os princípios gerais aplicáveis ao caso, foi analisar a acessibilidade do direito interno, o âmbito de aplicação das medidas de vigilância secreta, a duração dessas medidas, os procedimentos relativos à conservação, exame, utilização, comunicação e destruição dos dados interceptados, à autorização das interceções, quer no que respeita aos processos de autorização, quer do acesso das autoridades às comunicações, ao controlo das medidas de vigilância secretas, à notificação da interceção da comunicação e recursos internos disponíveis, para concluir que o direito interno sobre interceções telefónicas não oferecia garantias adequadas contra ingerências abusivas, sobretudo em interceções pelos serviços secretos, em particu-



lar pelos meios técnicos de que dispõem, bem como pelos poderes de que gozam e a ambiguidade da lei, além de que o direito interno autoriza a conservação automática de dados sem interesse, faltando clareza à lei quanto à destruição dos dados após conclusão do processo, sem que o regime jurídico ofereça garantias de que as medidas de autorização são ordenadas no respeito pelos princípios da necessidade e proporcionalidade, e a entidade encarregue do controlo das interceções responda às exigências de independência e os recursos internos ao dispor dos cidadãos sejam eficazes.

Por tudo isso, o Tribunal declarou a violação, pelo Estado russo, do direito do requerente, protegido pelo artigo 8.º da Convenção.

7.3. Caso Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy c. Finlândia

Neste caso, cujo acórdão foi proferido em 27 de junho de 2017 pelo tribunal pleno, estava em causa a proteção de dados fiscais e a alegada violação da liberdade de expressão dos requerentes.

Nos seus traços essenciais a situação caracteriza-se nos seguintes termos: Na Finlândia onde os dados fiscais são acessíveis ao público, duas empresas, as requerentes, coligiam, processavam e publicavam os dados pessoais relativos a impostos de 1,2 milhões de pessoas, primeiro através de um jornal e, posteriormente, através de um serviço de mensagens de texto através do qual as pessoas enviavam o nome de alguém para um número de serviço e recebiam a informação tributária dessa pessoa; a Comissão de proteção de dados finlandesa considerou que uma publicação tão massiva de dados pessoais era ilegal, nos termos da legislação sobre proteção de dados, e proibiu essas publicações no futuro.

As instâncias administrativas, em particular o Supremo Tribunal Administrativo Finlandês, apoiado em interpretação proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em reenvio prejudicial, mantiveram a decisão de proibição.

As empresas em questão, na queixa que apresentaram ao Tribunal Europeu, alegaram que o seu direito à liberdade de expressão protegido pelo n.º 1 do artigo 10.º da Convenção foi objeto de uma ingerência não justificada nos termos do n.º 2 da mesma disposição, atendendo a que a recolha de informações fiscais não era ilegal por si e que os dados recolhidos e publicados já eram de domínio público, sem que alguém tivesse sofrido violação do seu direito à privacidade.

O Tribunal começa por sublinhar a peculiaridade deste caso, na medida em que, na Finlândia, os dados fiscais em causa estavam publicamente disponíveis e as empresas requerentes, como as próprias indicam, não foram as únicas entre a comunicação social finlandesa a recolher, processar e publicar dados fiscais, residindo a diferença entre a atividade das requerentes e das outras empresas quanto aos métodos de publicação e ao volume de dados publicados.

A questão central no presente caso consiste em saber se foi estabelecido um justo equilíbrio entre o direito à liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, consagrado no artigo 10.º da Convenção Europeia e, por outro lado, o direito ao respeito pela vida privada, consagrado no artigo 8.º da mesma Convenção, num quadro de consideração e compatibilidade dos dois direitos.

Na abordagem à decisão, o Tribunal Europeu sublinha um conjunto de princípios relativos à liberdade de imprensa, incluindo o de que a recolha de informações é uma atividade preparatória no jornalismo e ínsita



à liberdade de imprensa, e à proteção da privacidade, enfatizando que mesmo que as informações sejam do domínio público não estão excluídas da proteção da privacidade.

Prosseguindo a aproximação à solução, o Tribunal considerou que a decisão da Comissão de Proteção de Dados, sancionada pelos órgãos jurisdicionais nacionais, conduziu a uma ingerência no exercício do direito de comunicar ideias pelas empresas recorrentes, tal como garantido pelo artigo 10.º da Convenção, pelo que foi analisar se a ingerência estava prevista na lei e prosseguiu o fim legítimo de proteger a reputação ou os direitos de terceiros, bem como se era necessária numa sociedade democrática, com desenvolvimento detalhado dos princípios relativos à margem de apreciação dos Estados⁴⁷, e socorrendo-se dos critérios pertinentes relevando do caso em apreço: a contribuição para um debate de interesse geral, o objeto da publicação e a notoriedade das pessoas visadas, as modalidades de obtenção das informações e veracidade destas, o conteúdo, a forma e as consequências da publicação, bem como a gravidade da sanção imposta aos jornalistas ou aos editores em questão.

Para concluir pela inexistência de violação do direito à liberdade de expressão previsto no artigo 10.º da Convenção, o Tribunal afirma que “as autoridades nacionais competentes, em particular o Supremo Tribunal Administrativo, tiveram devidamente em conta os princípios e critérios estabelecidos na sua jurisprudência relativos ao equilíbrio a estabelecer entre os direitos ao respeito pela vida privada e à liberdade de expressão. Ao fazê-lo, o Supremo Tribunal Administrativo atribuiu espe-

47 Como se refere no n.º 167 do acórdão, com apoio de diversa jurisprudência, o Tribunal sublinha repetidamente que o artigo 10.º, n.º 2, da Convenção não deixa margens para restrições à liberdade de expressão no domínio do discurso político ou de interesse geral em matéria de imprensa, sendo reduzida a margem de apreciação dos Estados nesse domínio.

cial importância à sua conclusão de que a publicação de dados fiscais, de acordo com as modalidades e a escala em questão, não contribuiu para um debate de interesse geral e que as empresas recorrentes não podiam, em substância, pretender que essa atividade de publicação tinha sido exercida unicamente para fins de jornalismo, na aceção da legislação nacional e europeia, não vendo o Tribunal Europeu razão séria para decidir diversamente das jurisdições nacionais e do resultado do exercício de equilíbrio a que chegaram, considerando que os fundamentos invocados são relevantes e suficientes para demonstrar que a ingerência era “necessária em uma sociedade democrática” e que as autoridades do Estado visado agiram dentro dos limites da margem de apreciação, e estabeleceram um justo equilíbrio entre os interesses concorrentes em jogo.

8. Duas notas finais

Uma ainda relativa a este acórdão.

A par da questão da compatibilização do direito ao respeito da vida privada e do direito à liberdade de expressão era também suscitada a violação do direito a um processo equitativo, reconhecido no n.º 1 do artigo 6.º da Convenção, em razão do tempo decorrido que as jurisdições administrativas nacionais precisaram para decidir internamente a questão: seis anos e seis meses, para dois graus de jurisdição e descontado o período de tempo relativo à decisão prejudicial pelo TJUE.

O tribunal conheceu da questão e por maioria declarou que tinha sido violado o n.º 1 do artigo 6.º da Convenção em razão da duração excessiva do processo.



Com os princípios hermenêuticos assinalados e o exame, ainda que sumário, dos três casos apresentados, que incidem, cada um deles, sobre direito ou direitos particulares reconhecidos pela Convenção, em qualquer dos casos sobre matérias que, em cada caso, relevavam do âmbito do direito administrativo, deixou-se assinalada a grande tarefa realizada pelo Tribunal para alargar a sua intervenção, através dos instrumentos assinalados, a conhecer do mérito de situações que lhe são trazidas e que, de outra forma, deixariam sem proteção os respetivos requerentes.

A PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO E OUTROS DESAFIOS
À BOA GOVERNAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

