UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUÇÃO EM DIREITO

TIAGO FERREIRA SANTOS

COMPLIANCE NO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS DA LEI N. 13.303/16 COMO MEIO PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO

Salvador
2019

TIAGO FERREIRA SANTOS

COMPLIANCE NO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS DA LEI N. 13.303/16 COMO MEIO PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, área de concentração Direitos Fundamentais e Justiça, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares.

Salvador
2019

Ficha catalográfica elaborada por
Ketry Gorete Farias dos Passos CRB 14\1179

Santos, Tiago Ferreira
Compliance no regime jurídico das empresas estatais da Lei n. 13.303/16 como meio para efetivação do Direito fundamental à boa Administração / Tiago Ferreira Santos. - Salvador, 2019.
170 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.
Orientador: Ricardo Maurício Freire Soares.

Inclui referências.

1. Administração cordial. 2. Direito fundamental à boa administração. 3. Intervenção estatal na economia. 4. Empresas estatais. 5. Compliance I. Soares, Ricardo Maurício Freire. II. Universidade Federal da Bahia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

TIAGO FERREIRA SANTOS

COMPLIANCE NO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS DA LEI N. 13.303/16 COMO MEIO PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, área de concentração Direitos Fundamentais e Justiça, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em 13 de maio de 2019.

Ricardo Maurício Freire Soares – Orientador _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Saulo José Casali Bahia _____
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Elton Dias Xavier _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais
Universidade Estadual de Montes Claros

À
Giovana Rocha Ferreira, com carinho.

AGRADECIMENTOS

A Deus por iluminar, via intuição, os passos a serem dados durante a existência humana na terra, inclusive, no que se refere aos caminhos traçados academicamente no Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

À minha família pelos estímulos e esforços envidados desde tenra idade, especialmente, a Nadil, Renadil, Cristiana, Adriano, Rafael, Maria das Graças, Adelina, Ricardo, Mônica, Cyntia e Fernando. À Daniela, compreensível companheira, pela dedicação.

Ao orientador Ricardo Maurício, professor de inegável experiência e mérito acadêmico, por suas inestimáveis sugestões na minha jornada acadêmica, notadamente, na elaboração da dissertação.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA (PPGD-UFBA) pelas lições, conselhos, elogios e críticas, destacadamente, a Edvaldo Brito pelas indicações bibliográficas quase sempre disponíveis no Centro de Excelência Prof. Edvaldo Brito.

Aos membros da banca examinadora e demais professores que participaram da preparação do trabalho final à submissão, pelos elogios e críticas à dissertação que serviram sem dúvidas para aprimorá-la, Manoel Jorge e Silva Neto, Saulo Casali Bahia, Jaime Barreiros Neto e Elton Dias Xavier.

Aos meus colegas do PPGD-UFBA, pelos debates travados que engrandeceram a forma de compreender o direito e seus novos contornos, especialmente, Tauana, a quem me socorri sobre diversas dúvidas.

Aos meus colegas e superiores hierárquicos da Companhia Baiana de Pesquisa Mineral (CBPM) por possibilitarem a flexibilidade de horário compatível tanto com a profissão do advogado que atua em Procuradoria Jurídica de Empresa Estatal quanto com a condição de um acadêmico que desenvolve uma pesquisa relevante para a sua atuação profissional, sobretudo, Brust, José Nélis, Danilo e Luanda.

RESUMO

Este foi um estudo sobre as consequências jurídicas de entender o instituto do *compliance* estabelecido pela Lei n. 13.303/16 como meio de implementar o direito fundamental à boa administração. O método foi uma abordagem qualitativa de legislação, doutrina e precedentes judiciais. O autor examinou em primeiro lugar a relação do *compliance* na Lei n. 13.303/16 com o administrador cordial, o patrimonialismo e a corrupção sistêmica no Brasil. Além disso, para entender os requisitos do *compliance*, analisou quais princípios são seus componentes e qual é a sua relação com o direito fundamental de boa administração. Esse debate identificou um ponto de vista interessante ao afirmar a possibilidade de um *ombudsman*, que exerce o controle político, além do Ministério Público e Defensor Público, que atuam predominantemente sobre o aspecto de um controle jurídico. Foi constatado que a Lei n. 13.303/16 tem muitas omissões, o que mostrou que todo o presente estudo foi necessário, uma vez que a interdisciplinaridade e o direito fundamental à boa administração podem preencher algumas dessas lacunas. Com esse propósito, foi também utilizado o método de interpretação sistemático, ou seja, investigou-se a perspectiva britânica, na qual seis princípios foram destacados: procedimentos proporcionais, comprometimento da alta administração, avaliação de risco, devida diligência, comunicação (incluindo treinamento) e monitoramento e revisão. De qualquer modo, mais detalhado sobre os requisitos do *compliance* foi a regulamentação da Lei n. 12.846/13, parâmetro sugerido para integrar as lacunas, pois é uma norma jurídica mais próxima do contexto que se pretende aplicá-la.

Palavras-chave: Administrador cordial. Direito fundamental à boa administração. Intervenção estatal na economia. Empresas estatais. *Compliance*.

ABSTRACT

This was a study about the legal consequences of understanding the compliance established by Law no. 13.303/16 as a means for implementing the fundamental right to good administration. The method was a qualitative approach of legislation, doctrine and judicial precedents. The author first examined the compliance in Law no 13.303/16 in relation to cordial manager, patrimonialism and systemic corruption in Brazil. Furthermore, to understand the requirements of the compliance, he analyzed what principles are their components and what's their relationship with the fundamental right of good administration. That debate identified an interesting viewpoint on the possibility of an ombudsman, who performs political control, in addition to the Public Prosecutor's Office and Public Defender, who carry out predominantly legal control. It was found that the Law no. 13.303/16 has lots of lacunae, which shows that the whole of this study was necessary since the interdisciplinary and fundamental right of good administration can fill some of these gaps. With this purpose, the systematic interpretation was also utilized, namely the British perspective was investigated, in which six principles are highlighted: proportionate procedures, top-level commitment, risk assessment, due diligence, communication (including training) and monitoring and review. Anyway, more detailed about compliance requirements is the regulation of the Law no. 12.846/13, parameter suggested for fill the gap, because it is a Brazilian statute closer the context than other possibilities.

Keywords: Cordial manager. Fundamental right to good administration. State intervention in the economy. State-owned companies. Compliance.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10
2 O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO TARDIO E O ADMINISTRADOR CORDIAL 14
2.1 Eficácia Social (Efetividade) e Adequação Interna da Norma Jurídica 14
2.2 Administrador Cordial no Constitucionalismo Brasileiro Tardio 17
2.3 Críticas à Leitura Histórico Antropológica Tradicional 28
2.4 Caracteres do Administrador Cordial no Brasil 39
3 IMBRICAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO E *COMPLIANCE* NO DIREITO EUROPEU COM FINS A LIMITAR O ADMINISTRADOR CORDIAL 41
3.1 Análise da Positivação do Direito Fundamental à Boa Administração nas Entidades Internacionais Europeias 41
3.2 Jurisprudência e Direito Fundamental à Boa Administração 54
3.3 Princípios Formadores do Direito Fundamental à Boa Administração e sua Relação com o *Compliance* 59
4 PRINCIPAIS ASPECTOS DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO COM REPERCUSSÃO NO *COMPLIANCE* 65
4.1 Releitura da Discricionariedade entre as Racionalidades Democrática e Técnica .. 65
4.2 Direito Fundamental à Boa Administração e o *Ombudsman* Europeu: uma possível proposta para o brasil? 70
4.3 Direito Fundamental à Boa Administração Pública na Doutrina Brasileira 73
4.4 Modelos de Direção ou Intervenção Econômica Adequados ao Direito Fundamental à Boa Administração 84
4.5 Direito Fundamental à Boa Administração e Ciência da Administração Pública 87
5 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 13.303/16 À LUZ DO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS 90
5.1 Princípios da Ordem Econômica 90
5.2 Dirigismo e Formas de Intervencionismo 94
5.3 Noção de Serviço Público 96
5.4 Administração Intervencionista vs Administração Prestacional e a Adaptação da Teoria Alemã da Assistência Vital ao Modelo Brasileiro 105
5.5 Regimes Jurídico-Constitucionais das Empresas Estatais: serviço público, monopólio e intervenção no domínio econômico em sentido estrito 110
5.6 Análise da Constitucionalidade das Disposições Preliminares do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais 115
6 REGIME JURÍDICO DO *COMPLIANCE* NAS EMPRESAS ESTATAIS 117
6.1 Origem e Conceito do *Compliance* 117
6.2 *Compliance* na Lei do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais 124
6.3 *Compliance* Previsto na Lei Anticorrupção 128
6.4 Transparência como Disposição Relacionada ao Direito Fundamental à Boa Administração Complementar ao *Compliance* 133
7 DEFEITOS DA LEI N. 13.303/16 À LUZ DA HIPERTROFIA DA FINALIDADE SIMBÓLICA DE COMBATER A CORRUPÇÃO 136
7.1 Hipertrofia da Função Simbólica da Lei n. 13.303/16 136
7.2 Doutrina da Irresponsabilidade Penal e Administrativa em Virtude da Adoção do *Compliance* 140
7.3 Omissões Legislativas no Regime Jurídico do *Compliance* nas Estatais 148

7.4 Desformalizações Excessivas dos Procedimentos de Contratação Direta 153
7.5 Soluções para os Equívocos da Legislação 156
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS 158
REFERÊNCIAS 162

1 INTRODUÇÃO

A realidade brasileira é ambígua. De um lado, um país em que se adaptou formalmente ao modelo jurídico ocidental da França, da Alemanha, dos Estados Unidos e da Inglaterra, prevenindo e reprimindo o patrimonialismo e o administrador cordial.

Do outro, a realidade não corresponde aos livros de direito, ou seja, existe uma constitucionalização com efeitos simbólicos hipertrofiados, o qual é fruto de uma inequívoca ausência de cultura constitucional com raízes históricas, políticas, jurídicas, sociológicas e antropológicas.

Com fins a reduzir essa distância entre as disposições de um ordenamento jurídico que prevê direitos e garantias sem possuir a correspondente concreção na realidade brasileira especificamente com foco nas más práticas administrativas acontecidas nas empresas estatais, foi instituído, por meio da Lei n. 13.303/16, o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

A questão posta é saber se há disposições ou omissões na Lei n. 13.303/16 relativas à realizada incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro do instituto do *compliance* que destoem das consequências jurídicas normatizadas pelo direito fundamental à boa administração.

A conjuntura política e social brasileira justifica a presente pesquisa por ela estar relacionada à prevenção e repressão de atos de corrupção, ainda que esse não seja o único objetivo do direito fundamental à boa administração, do *compliance* e da Lei n. 13.303/16.

Outro fundamento é a sua atualidade no âmbito jurídico, já que o instituto do *compliance* é de teorização recente, além do que a Lei n. 13.303/16 apenas iniciou plenamente seus efeitos jurídicos a partir de julho de 2018.

O presente trabalho justifica-se, ainda, sob o ponto de vista pessoal, por o autor ser advogado de uma empresa estatal submetida ao regime jurídico instituído pela Lei n. 13.303/16, a qual passou a exigir a prática de *compliance*.

Entre as publicações de resultados parciais fundamentadores da presente pesquisa, destacam-se os trabalhos "Perspectivas histórico-antropológicas da apologia brasileira ao Estado Liberal e a constituição brasileira após seus 30 anos de vigência"[1] e "Ineficácia ou inadequação interna do constitucionalismo brasileiro e teoria decisional administrativa baseada

[1] Cf. SANTOS, Tiago. Perspectivas histórico-antropológicas da apologia brasileira ao Estado Liberal e a constituição brasileira após seus 30 anos de vigência. *In*: **Visões constitucionais interdisciplinares**.1 ed. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019.

no princípio da integridade"[2].

O método adotado é a análise bibliográfica qualitativa de livros, artigos científicos, Constituição, legislação e jurisprudência, estando adequado à investigação que se pretende desenvolver.

A perspectiva teórica, por sua vez, enquadra-se na abordagem do pós-positivismo jurídico, o qual deve ser entendido especialmente pela crítica promovida a algumas das principais características do positivismo jurídico por influência do neoconstitucionalismo[3] e do não-positivismo jurídico de Ronald Dworkin[4] e Robert Alexy[5].

Entre os pontos do positivismo jurídico entendidos inadequados para o desenvolvimento do presente trabalho, há a perspectiva de afastamento das questões axiológicas trazidas pela moral e pela ética da atividade do jurista, porque se sustenta haver uma supremacia formal, material e axiológica das normas constitucionais, o que justifica a necessária incorporação ao direito desses argumentos.

Além disso, essa crítica ao positivismo jurídico possibilita a abertura do direito a formas plurais de interpretação, sejam os métodos tradicionais de interpretação gramatical, sistemático, lógico e histórico trazidos por Savigny[6] ou a releitura proposta por Soares[7], a qual inclui as técnicas gramatical, lógico-sistemática, histórica, sociológica e teleológica.

A partir dessa crítica ao positivismo jurídico, portanto, o pós-positivismo jurídico deve ser entendido como uma teorização interdisciplinar do direito que critica, por exemplo, aqueles que sustentam apenas a existência de uma sociologia do direito consistente em uma abordagem positivista realizada pelo sociólogo sobre o direito, ou seja, uma leitura meramente externa ao direito[8] que não se destina necessariamente à solução de questões jurídicas.

Ao contrário, essa abordagem não-positivista propõe o reconhecimento também de uma

---

2 Cf. SANTOS, Tiago. Ineficácia ou inadequação interna do constitucionalismo brasileiro e teoria decisional administrativa baseada no princípio da integridade. *In*: **XXVII Congresso Nacional**, 2018, Porto Alegre. Sociologia, antropologia e cultura jurídicas. Florianópolis: CONPEDI, 2018b.

3 Cf. CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Org.). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

4 Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

5 Cf. ALEXY, Robert. Não positivismo inclusivo. *In*: **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Organizadores: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015a

6 Cf. SAVIGNY, M. F. C. de. **Sistema del derecho romano actual**, tomo I. Tradução: M. Ch. Guenoux. Madrid, F. Góngora y Compañía, 1878. Disponível em: https://archive.org/stream/BRes1421811#page/n185/mode/1up. Acesso em: 28 jul. 2018, p. 150.

7 Cf. SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 335.

8 Cf. SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**. 7.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 45.

sociologia no direito, na qual se propõe o conhecimento dos fatos sociais para aprimoramento do próprio direito, inclusive, para alteração legislativa ou melhor aplicação em casos concretos.

A perspectiva proposta de interdisciplinaridade é essa, mas também da antropologia no direito, da história no direito. Em resumo, haverá uma utilização dessas formas de saber numa leitura interna ao direito, assim como da ética e da ciência da administração.

Outra característica do pós-positivismo jurídico presente neste trabalho consiste no reconhecimento de que os princípios jurídicos são qualitativamente diferentes das regras, sendo certo que a positivação da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil impõe o desenvolvimento de uma teoria que considere esse novo contexto jurídico, destacando-se a necessidade de empreender ponderações para resolver as colisões entre princípios, considero método privilegiado de interpretação constitucional.

Para atender ao objetivo geral de investigar as consequências jurídicas, no âmbito do direito brasileiro, de interpretar o instituto do *compliance* previsto na Lei n. 13.303/16 à luz de um direito fundamental à boa administração, alguns específicos devem ser enfrentados na sequência a seguir proposta.

Primeiro, diante da proposta de incorporação à análise do jurista de argumentos que no juspositivismo não lhe seriam inerentes, torna-se imperativo investigar as circunstâncias que conduzem à tolerância com as más práticas administrativas numa perspectiva também histórica, política, sociológica e antropológica, pois a finalidade de prevenir e reprimir essa realidade é o objetivo da incorporação do *compliance* no estatuto jurídico das empresas estatais, ou seja, isso impacta na adequada interpretação do texto normativo.

Intrínseco a esse debate, é a análise dos contornos da existência de um administrador cordial na cultural institucional brasileira, assim como nos Estados Unidos da América, no Reino Unido, na Alemanha, ainda que melhor prevenido e reprimido nesses países.

Outro objetivo específico a investigar foi compreender o direito fundamental à boa administração sob a ótica das instituições internacionais europeias e de seus Estados-membros sem esquecer a respectiva análise doutrinária.

Essa perspectiva justifica-se em virtude de a Constituição brasileira possibilitar uma abertura a princípios implícitos, no que a análise de sistemas jurídicos paralelos é útil, especialmente, porque foi confirmada a aptidão dos institutos jurídicos decorrentes desse direito fundamental à prevenção e repressão do administrador cordial naquele continente.

Ainda que manifesta a influência dos debates europeus na construção do direito fundamental à boa administração no Brasil, reconhece-se que há diferenças significativas em razão das peculiaridades nacionais e do próprio desenvolvimento independente das

consequências jurídicas, motivo pelo qual também se identifica um objetivo secundário para tratar de sua teorização na doutrina e jurisprudência brasileira.

Reconhece-se também que explicar os regimes jurídico-constitucionais das empresas estatais no âmbito brasileiro também é imprescindível, pois há de se verificar a constitucionalidade do estatuto jurídico das empresas estatais, a saber, se é adequado ele as regular independentemente de a atividade econômica ser serviço público, monopólio ou propriamente privada.

Investigar os contornos jurídicos do *compliance* no âmbito da Lei n. 13.303/16 é outro objetivo específico, além de, diante das omissões legislativas, examinar como tal instituto foi compreendido em outras leis em sistemas normativos paralelos e no ordenamento jurídico brasileiro, com fins a possibilitar a utilização da técnica de interpretação sistemática para integrar a legislação.

Houve a necessidade, ainda, de explicar a hipertrofia da finalidade simbólica da legislação, relacionando-a com doutrina que prega a irresponsabilidade penal e administrativa dos acionistas, da pessoa jurídica e da alta administração pela mera adoção do *compliance*; o excesso de lacunas e as desformalizações desproporcionais.

Feita essa introdução, atento à perspectiva pós-positivista e à necessidade de se investigar as razões jurídicas, mas também históricas, políticas, sociológicas e antropológicas que culminaram com a incorporação do *compliance* na Lei n. 13.303/16 para bem interpretá-la, essas circunstâncias serão analisadas no tópico seguinte.

2 O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO TARDIO E O ADMINISTRADOR CORDIAL

2.1 Eficácia Social (Efetividade) e Adequação Interna da Norma Jurídica

A sociologia do direito traz estudos acerca da ineficácia do texto constitucional no Brasil, reconhecendo ser esse um problema crônico. Entretanto, não apenas isso, também há a inadequação interna, ou seja, mesmo que haja eficácia social, acontece de ela não atingir a finalidade desejada pelo constituinte.

Assim, mesmo que se reconheça acertadamente um marco filosófico correspondente ao pós-positivismo jurídico[9], que busca a superação da dicotomia entre juspositivismo e jusnaturalismo[10] pela inscrição de princípios jurídicos fundamentais na Constituição[11], a partir do marco histórico da Segunda Guerra Mundial na Europa ou da Constituição de 1988 no Brasil[12], com a finalidade de inserir um novo marco teórico consistente em realizar a força normativa da Constituição, reconhecer a expansão da jurisdição constitucional e promover o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional[13], há de se admitir que essa perspectiva ainda está longe de concretizar-se na realidade do dia-a-dia das pessoas.

Portanto, a partir do reconhecimento de uma afirmação formal de uma constitucionalização do direito, com base especialmente na proteção à dignidade da pessoa humana[14], mas também de uma abertura do direito para outras formas de pensamento, impõe-se agora uma perspectiva não tanto otimista decorrente justamente dessa interdisciplinaridade, qual seja, verificar as possíveis causas dessa ineficácia ou inadequação interna do texto constitucional, assim como, da legislação.

A eficácia social da norma consiste "no grau de cumprimento da norma dentro da prática social. Uma norma é considerada socialmente eficaz quando é respeitada por seus destinatários ou quando a sua violação é efetivamente punida pelo Estado"[15].

---

9 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 279.

10 SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 122-123.

11 Ibid., p. 126.

12 BARROSO, op. cit., p. 279.

13 Ibid., p. 296.

14 SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. 4.ed. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 250-251.

15 SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**. 7.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 57.

Nessa toada, a sociologia propôs a quota de eficácia para calculá-la, ou seja, soma-se a eficácia do preceito ou primária, "que resulta do respeito espontâneo da norma"[16] com a eficácia da sanção ou secundária, a qual "resulta da intervenção repressiva do Estado"[17]

A crítica que se faz a essa forma de calcular empiricamente a quota de eficácia é que ela engloba as pessoas que cumpririam a proposta da norma independentemente de sua existência. De qualquer modo, é um modo de enriquecer os debates por meio da análise da aplicação concreta do direito.

Se a baixa eficácia social das normas jurídicas é constatada, também é impossível negar que outra situação preocupa tanto quanto, qual seja, a ausência de adequação interna da norma, a qual consiste na "capacidade da norma em atingir a finalidade social estabelecida pelo legislador"[18]. Desse modo, uma "norma jurídica é considerada internamente adequada se as suas consequências, na prática, permitem que sejam alcançados os fins objetivados pelo legislador"[19].

Assim, mesmo na hipótese de uma norma jurídica obter a eficácia, ainda, é bem possível que ela não atinja a finalidade almejada pelo legislador, na verdade, ao menos, a finalidade declarada. Por exemplo, para fins de assegurar a incidência dos princípios constitucionais no âmbito da contratação realizada por entes da administração pública, o Constituinte previu, em regra, que elas serão precedidas por licitação, admitidas as exceções legais (Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal).

Ocorre que, mesmo cumprindo esse texto normativo, há diversas licitações com editais previamente pactuados para restringir a concorrência de forma a direcionar a determinadas empresas. Para essa previsão constitucional, há inadequação interna da norma.

Entretanto, essa conduta denota a ineficácia do texto legal, especificamente, o Art. 3º, parágrafo primeiro, inciso I, da Lei n. 8.666/93, o qual veda aos agentes públicos "admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo [...]"[20].

Nesse campo, os debates acerca do constitucionalismo brasileiro tardio são relevantes, ele consiste no fenômeno decorrente "da ausência de cultura constitucional nos Estados pós-

---

16 Ibid., p. 57.
17 Ibid., p. 57.
18 Ibid., p. 58.
19 Ibid., p. 58.
20 BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.

modernos que são organizados formalmente por meio de uma Constituição, o que conduz à ineficácia social dos seus textos"[21], inclusa também a inadequação interna. Portanto, tal circunstância não possui relação necessária com o período em que houve outorga ou promulgação da Carta de um país, nem poderia ser diferente.

Afinal, por constitucionalismo tardio, não se entende a recente elaboração de texto constitucional, mas sim a ausência de eficácia e adequação interna de suas normas. Para melhor compreender a situação, importa trazer o conceito de cultura constitucional, que consiste nos comportamentos e condutas "tendentes a I) preservar a 'vontade de Constituição'; II) efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais; III) disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional"[22].

Desse modo, em países sem cultura constitucional, presencia-se o fenômeno do constitucionalismo tardio de índole principalmente interdisciplinar, porquanto transcende os âmbitos da dogmática jurídica, fenômeno apto a ensejar efeitos jurídicos deletérios, tal qual a persistência do administrador cordial, que é tolerante com as más práticas administrativas que possibilitam até mesmo a prática de atos de corrupção.

Em sentido similar, entende Konrad Hesse, para quem a força normativa da Constituição pressupõe uma "consciência geral - particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição"[23].

Konrad Hesse constatou, desse modo, que não importa o quão bem escrito seja o documento jurídico, não bastam títulos, capítulos, artigos, incisos e parágrafos para que a Constituição seja vivenciada por uma comunidade. Afinal, há de se cumprirem determinadas condições extrajurídicas, "contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais"[24], para realizar a pretensão de eficácia, que não "pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas"[25].

Ele também verificou, de forma similar, que a sua força normativa depende da cultura constitucional, ou seja, as "Constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuaram previamente, é como se se

---

21 SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016, p. 19.
22 Ibid., p. 19.
23 HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 19.
24 HESSE, 1991, p. 15.
25 Ibid., p. 15.

pretendesse coser pétalas com linhas"[26].

Assim, mesmo que se reconheça o Supremo Tribunal Federal (STF) ser expressamente o guardião da Constituição, a força normativa dela depende de um esforço conjunto da sociedade por meio de seus partícipes. Em outros termos, como segue lição de Konrad Hesse[27], de "todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição".

Nessa perspectiva, o objetivo da presente pesquisa não é outro senão transformar a ciência do direito constitucional "em instrumento à melhoria da condição de vida das pessoas, conduzindo o nosso País a bom porto - ao bom porto do respeito à dignidade da pessoa humana"[28].

Afinal, não se duvida que a tolerância dos partícipes da vida constitucional acerca do fisiologismo e das omissões dos governantes e gestores em adotar os mecanismos mais eficazes faz padecer até "os denominados 'Princípios Fundamentais', à vista da irrisória importância atribuída pelo aplicador do direito no Brasil ao domínio da Constituição de 1988"[29], o que demonstra a presença da figura do administrador cordial.

Embora se reconheça por meio do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, a necessidade de uma constitucionalização do direito, inclusive, pela inclusão na argumentação do jurista dos debates interdisciplinares acerca dos princípios jurídicos, a perspectiva realizada está atenta também à atual ausência de concretização fática da Constituição.

Assim, ao reconhecer que esse é o principal problema que o direito brasileiro enfrenta na atualidade, as investigações sobre as possíveis causas dessa incongruência são indispensáveis para uma leitura interdisciplinar interna ao direito tal qual a que se propõe, até porque nesse contexto se insere a constituição do administrador cordial constatada pelos estudos a seguir trazidos do constitucionalismo brasileiro tardio e algumas perspectivas relacionadas.

2.2 Administrador Cordial no Constitucionalismo Brasileiro Tardio

Diversas são as possíveis causas históricas, políticas e jurídica apontadas por Manoel Jorge e Silva Neto[30] para tal situação de ineficácia social e inadequação social do texto constitucional que se instalou no Brasil, que, entre outros, constitui o administrador cordial. Por

---

[26] Ibid., p. 17.
[27] Ibid., p. 21.
[28] SILVA NETO, 2016, p. 15.
[29] Ibid., p. 50.
[30] SILVA NETO, 2016, p. 33-47.

ora, importa analisá-las antes de correlacioná-las à constituição dessa figura.

Entre as possíveis causas históricas indicadas pelo estudo inaugurador do debate sobre o constitucionalismo tardio[31], há a ausência de pertencimento de parte significativa do povo brasileiro da formação política do Estado; o homem cordial que se comporta diante das relações públicas como se estivesse em âmbito familiar, ou seja, é movido por interesses particulares; ainda, o personalismo lusitano que enfatiza culturalmente a individualidade em detrimento do coletivo[32], embora esta pesquisa tenha apontado a possibilidade de adoção da expressão personalismo ibérico por envolver fenômeno que envolve tanto Portugal quanto Espanha.

Relacionado aos debates especialmente sobre as causas históricas do homem cordial e do personalismo lusitano ou ibérico, serão também trazidos estudos sobre o modelo estatal patrimonial-estamental-autoritário analisado por Raymundo Faoro[33].

Acerca da ausência de pertencimento de parte significativa do povo brasileiro ao modelo de Estado adotado, há de considerar que, desde as origens da vindo dos portugueses a este território, os índios não tiveram voz ativa. Assim, "a primeira conclusão que pode ser extratada a respeito de uma das possíveis causas históricas para o constitucionalismo brasileiro tardio é a ausência de pertencimento das comunidades nativas"[34].

Não apenas, igualmente o povo negro não teve participação ativa nas eleições do modelo político proposto, conforme pode se depreender das origens históricas da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, outro "grupo racial seguiu o mesmo caminho da ausência de pertencimento: os negros africanos"[35].

Inclusive, "chegaram mesmo a tentar a criação de um estado negro e livre dentro do território nacional, como se sucedeu com o Quilombo dos Palmares, liberado pelo negro *banto* Zumbi"[36].

Nessa linha, embora seja uma causa histórica, há de se reconhecer que ainda influi ao promover "a consolidação de sentimento de repulsa e indignação quanto ao sistema normativo, o que contemporaneamente pode ser identificado à falta de consciência constitucional"[37].

Por outro lado, o homem cordial, outra causa histórica da ausência de cultura constitucional, consiste num tipo ideal em que o povo brasileiro está enquadrado. Considerado

---

31 Ibid.
32 Ibid., p. 33-38.
33 FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012.
34 SILVA NETO, 2016, p. 34.
35 SILVA NETO, 2016, p. 35.
36 Ibid., p. 35.
37 Ibid., p. 35.

um produto de exportação cultural por estar relacionado à generosidade e à hospitalidade[38], pode ser visto também como um mal a ser extirpado ou uma característica excedida por se relacionar ao favorecimento pessoal em vez de obediência aos ideais republicanos da impessoalidade, mesmo em situações em que ela é imperativa[39].

O fato é que "imperou, desde os tempos remotos, o tipo primitivo da família patriarcal"[40], circunstância que propicia o estreitamento dos vínculos sociais, estando relacionada ao surgimento da figura do homem cordial. Assim, houve um desequilíbrio entre essa realidade atávica e o crescimento das cidades e expansão dos meios de comunicação[41].

Além disso, esse mesmo tipo ideal do homem cordial está relacionado às características religiosas do povo brasileiro, no caso, "é precisamente o rigorismo do rito que se afrouxa e se humaniza"[42].

É sabido que a religião e o direito estão extremamente relacionados, mesmo nos países ocidentais ditos laicos. Por exemplo, a concepção de pessoa humana, fundamental para a compreensão do direito brasileiro, consoante dispositivo do art. 1º, inciso III, da Constituição, decorre historicamente também do modelo religioso culturalmente adotado.

Nesse sentido, Alain Supiot apontou que, dessa forma "concebidos, os homens são necessariamente iguais, como cada homem é feito a imagem de Deus, mesmo que seja mulher, escravo ou herege, ele é a um só tempo único e semelhante a todos"[43]. Portanto, mesmo em "suas formulações mais modernas e mais laicizadas, o princípio de igualdade permanece perpassado por essa tensão entre as duas faces da identidade individual: somos todos semelhantes e, portanto, todos idênticos; e somos todos diferentes, pois todos únicos"[44].

Logo, conscientes dessa interface entre direito e religião, é de se esperar que essa dificuldade de obedecer a ritos transborde em direção também às práticas de gestão da administração pública e de suas empresas, o que bem se observa. Nesse sentido, reconhece-se ser "o homem cordial [...] avesso aos formalismos e ritualísticas do âmbito público"[45].

Intimamente relacionado ao tipo do homem cordial, tanto que também decorre de uma

---

38 HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 176.
39 Ibid., p. 175-176.
40 Ibid., p. 175.
41 Ibid., p. 175.
42 Ibid., p. 180.
43 SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 17.
44 Ibid., p. 17.
45 SILVA NETO, 2016, p. 37.

interpretação de Manoel Jorge e Silva Neto[46] de Sérgio Buarque de Holanda[47], está o personalismo lusitano. Na verdade, pode ser mais adequado, inclusive, destacar o personalismo ibérico, já que engloba a cultura tanto portuguesa quanto espanhola.

Afinal, ele consiste em uma "característica bem peculiar à gente da península Ibérica, uma característica que ela está longe de partilhar, pelo menos na mesma intensidade, com qualquer de seus vizinhos do continente"[48].

Assim, um dos traços dessa cultura ibérica é inferir o valor de uma pessoa, "antes de tudo, da extensão em que não precise depender dos demais, em que não necessite de ninguém, em que se baste"[49]. Em suma, cada "qual é filho de si mesmo, de seu esforço próprio, de suas virtudes..."[50].

Nessa perspectiva de homem cordial e personalismo lusitano ou ibérico, há, ainda, o modelo de Estado patrimonial-estamental-autoritário[51] relacionado à confusão existente entre a esfera pública e a privada pelo funcionalismo luso-brasileiro, sendo certo que a "realidade histórica brasileira demonstrou - insista-se - a persistência secular da estrutura patrimonial, resistindo galhardamente, inviolavelmente, à repetição, em fase progressiva, da experiência capitalista"[52]. Em resumo, adotou-se "do capitalismo a técnica, as máquinas, as empresas, sem aceitar-lhe a alma ansiosa de transmigrar"[53].

Na verdade, a opinião de Raymundo Faoro foi intensa acerca dessa situação, expondo que o "Estado seria outro, não o monstro patrimonial-estamental-autoritário que está vivo na realidade brasileira"[54], caso se tivesse adotado aquela proposta de mentalidade democrática.

Isso significa que, não apenas há classes sociais decorrentes de variações econômicas, mas também estamentos burocráticos relacionados à proximidade dos agentes políticos outrora reis, sendo que "o domínio patrimonial, desta forma constituído pelo estamento, apropria as oportunidades econômicas de desfrute dos bens, das concessões, dos cargos, numa confusão entre o setor público e o privado [...]"[55].

Na verdade, as raízes de tal situação podem ser recompostas à formação própria do Reino de Portugal. Afinal, "desde a ascensão ao poder da dinastia de Avis com dom João I em

---

46 Ibid., p. 37.
47 HOLANDA, 2014, p. 36.
48 Ibid., p. 36.
49 Ibid., p. 37.
50 Ibid., p. 37.
51 FAORO, 2012.
52 FAORO, 2012, p. 822.
53 Ibid., p. 822.
54 Ibid.
55 Ibid., p. 823.

1385, uma simbiose entre os interesses da realeza e do comércio abre espaço para a constituição de um poder estatal centralizado com base econômica na propriedade fundiária"[56]. Desse modo, o "rei [...] assim se equipa para o exercício de um poder de caráter patrimonial, no qual a fazenda pública se confunde com a propriedade do mandatário maior"[57].

Há de se entender que a "compatibilidade do moderno capitalismo com esse quadro tradicional, equivocadamente identificado como pré-capitalismo, é uma das chaves da compreensão do fenômeno histórico português-brasileiro"[58].

Nesse contexto, os letrados possuem uma dupla função. Sob o aspecto positivo, sem dúvidas, são capazes de conferir uma promessa de maior racionalidade e impessoalidade por constituírem presumidamente corpo técnico de burocratas. Entretanto, é inegável que nesse sistema patrimonial-estamental-autoritário não "impera a burocracia, a camada profissional que assegura o funcionamento do governo e da administração (*Berufsbeamtentum*), mas o estamento político (*Beamtenstand*)"[59]. Afinal, a "burocracia, como burocracia, é um aparelhamento neutro, em qualquer tipo de Estado, ou sob qualquer forma de poder"[60].

Também concorda com tal perspectiva Karl Loewenstein[61], para quem a burocracia "opera atribuindo tarefas específicas a seus membros individuais que, enquanto os executam sob sua própria responsabilidade, permanecem sujeitos à supervisão e controle hierárquicos por parte de seus superiores". Assim, regras "racionalizadas governam a nomeação e a promoção de funcionários e aplicam-se na rotina do escritório"[62], o que inexiste no estado patrimonial-estamental-autoritário.

A diferença entre a realidade luso-brasileira e de outros países é marcante, porque "o administrador egresso da universidade europeia espanta-se de que o político queira orientar o planejamento econômico, ele, que nunca frequentou um curso de pós-graduação"[63].

Na verdade, especialmente no Brasil, transbordam exemplos que estão sendo constantemente esclarecidos pelos órgãos de controle acerca das razões pelas quais políticos dirigem arbitrariamente órgãos e entidades da administração pública, sem obedecer às diretrizes técnico-científicas ou, pior, cercando-se de pessoas do seu vínculo e confiança para obtenção

---

56 COHN, Gabriel. Persistente enigma. *In*: FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 2-3.
57 Ibid., p. 3.
58 FAORO, op. cit., p. 823.
59 Ibid., p. 825.
60 FAORO, 2012, p. 825.
61 LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process**. Chicago: The University of Chicago Press, 1965, p. 32, tradução nossa.
62 Ibid., p. 32.
63 FAORO, op. cit., p. 831.

de pareceres que emitam opiniões insinceras.

Por outro lado, há também uma perspectiva negativa exercida pelos intelectuais e, também, trazida em Raymundo Faoro[64]. Nesse caso, os técnicos passam a ser cooptados eles próprios pela estrutura do estamento burocrático, o qual, "fundado no sistema patrimonial do capitalismo politicamente orientado, adquiriu o conteúdo aristocrático, da nobreza da toga e do título"[65]. Em outras palavras, a "pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação"[66].

Vê-se, assim, a relação do modelo patrimonial-estamental-autoritário com a análise do homem cordial já trazida, entre outras características, na escolha dos profissionais exercentes das funções públicas por meio de confiança pessoal em vez de capacidades. Portanto, "o funcionalismo patrimonial pode, com a progressiva divisão das funções e com a racionalização, adquirir traços burocráticos"[67], mas, em sua essência, não se iguala.

A causa política para a ausência de cultura constitucional no Brasil apontada por Manoel Jorge e Silva Neto[68] foi o pífio desenvolvimento dos ideais de democracia e república, a qual é confirmada historicamente. Inclusive, a Constituição outorgada que previa monarquia com a figura do poder moderador foi a que mais perdurou em território brasileiro, situação extremamente atípica para um país do continente americano.

Por fim, a possível causa jurídica para essa situação que conduz o Brasil ao desrespeito da vontade de Constituição consiste no individualismo jurídico decorrente da adoção não só da escola da exegese na doutrina brasileira, mas principalmente da influência de seus valores[69].

Além dessas hipóteses acima trazidas fundadas especialmente na doutrina de Manoel Jorge e Silva Neto, mas também de outras leituras relacionadas, há, ainda, possíveis causas socioantropológicas que podem explicar a ausência de cultura constitucional brasileira causadora da tolerância desmedida com as más práticas administrativas.

Do ponto de vista sociológico, esse comportamento está associado, inclusive, com a persistência da corrupção no Brasil, compreendida ela enquanto uma conduta anômica.

Três foram os principais pesquisadores que trataram dessa inadequação comportamental. Guyau iniciou os estudos acerca da anomia, identificando-a como "ausência

---

64 Ibid., p. 836-837.
65 Ibid., p. 836.
66 Ibid., p. 836.
67 HOLANDA, 2014, p. 175.
68 SILVA NETO, 2016, p. 39-45.
69 Ibid., p. 46.

de lei fixa que possa ser imposta aos indivíduos"[70]. Por sua vez, Durkheim entendia que "ela significa estado de desregramento, falta de regulamentação, situação na qual a sociedade não desempenha o seu papel moderador, ou seja, não consegue orientar e limitar a atividade do indivíduo"[71]. Mas, a perspectiva que melhor explica a análise que se pretende realizar é a interpretação de Ana Lúcia Sabadell acerca da teoria de Robert King Merton, muito adequada para as hipóteses de ilícitos com motivação econômica.

O primeiro conceito a ser trabalhado, assim, corresponde à conformidade. Nela, "o indivíduo busca atingir as metas culturais empregando os meios estabelecidos pela sociedade"[72]. Logo, não há anomia nesse caso.

Situação diversa são os outros quatro modos de adaptação, pois todos representam uma situação de anomia. Por exemplo, a inovação consiste na situação em que a "conduta do indivíduo é condizente com as metas culturais, mas existe uma ruptura com relação aos meios institucionalizados"[73].

Para a referida socióloga, a corrupção dos grupos políticos brasileiros consiste, justamente, nessa modalidade de comportamento anômico, afinal, procuram atingir a meta cultura (enriquecimento ou vencer as eleições) por meios ilícitos (corrupção).

Inclusive, sua análise confirma ao menos parcialmente o desenvolver das demais referências utilizadas, especialmente, por anotar a necessidade de "acrescentar uma característica da corrupção política: a indistinção que se estabelece, no âmbito dessas relações, entre esfera pública e atividade econômica privada"[74].

Por fim, em síntese, considerou ser "evidente que tanto os interessados como a opinião pública tendem a considerar a violação de regras sobre a corrupção como algo inevitável na política, verificando-se uma situação de anomia no sentido da 'inovação' mertoniana"[75].

As outras modalidades de comportamento anômico são os seguintes: a ritualista, em que "o indivíduo demonstra um desinteresse em atingir as metas socialmente dominantes"[76], ou seja, aceita a situação de insucesso, mas obedece ao direito; a evasão consistente no "abandono das metas e dos meios institucionalizados"[77], sendo possível exemplificar por meio dos

---

70 SABADELL, 2017, p. 72.
71 Ibid., p. 75.
72 Ibid., p. 77.
73 SABADELL, 2017, p. 77.
74 Ibid., p. 85.
75 Ibid., p. 85.
76 Ibid., p. 78.
77 Ibid., p. 78.

mendigos; e a rebelião, "caracterizada pelo inconformismo e pela revolta"[78], ou seja, propõe-se "o estabelecimento de novas metas e a institucionalização de novos meios para atingi-las"[79].

Por seu turno, a antropologia, especialmente por meio dos estudos de Roberto DaMatta, traz uma interessante noção para fins de compreensão da realidade brasileira tal como se desenvolve até o momento.

Inicialmente, o referido antropólogo trata da necessidade de conhecer o que faz do brasil o Brasil, ou seja, indispensabilidade de conhecer os traços característicos do povo que o constitui[80], destacando ainda que "a identidade social é algo tão importante que o conhecer-se a si mesmo através dos outros deixou os livros de Filosofia para se constituir numa busca antropologicamente orientada"[81].

Assim, reconhece-se que é por meio de uma análise comparativa que "se realizam as pesquisas antropológicas e sociológicas"[82], ou seja, a "construção de uma identidade social, então, como a construção de uma sociedade, é feita de afirmativas e negativas diante de certas questões"[83].

Desse modo, embora a presente pesquisa destine-se a propor solução a problemas geograficamente delimitados, a referência a outras culturas e formas de aplicar o direito, desde que atento às particularidades locais, demonstra-se acertada. Adota-se uma postura similar à de Norbert Rouland ao afirmar que uma "antropologia dos fugitivos não é a minha: se me indago sobre as outras sociedades, elas me remetem constantemente para aquela de que venho" [84].

Nessa linha, Roberto DaMatta[85] ressalta que o Brasil possui uma identidade com dois eixos classificatórios, sendo que consiste em um equívoco pretender reduzi-lo a apenas um deles. De um lado, esse país surge como uma questão de modernidade e de economia política, no qual a instituição do "pode" e "não pode" é similar à da Inglaterra, França, Alemanha. Do outro, ao contrário, há uma redução da "sua realidade a um problema de família, de relações pessoais e de cordialidade"[86].

Portanto, a questão brasileira, como já se pode perceber, não possui um único lado da moeda. Como diz Roberto DaMatta, "a chave para entender a sociedade brasileira é uma chave

---

78 Ibid., p. 78.
79 Ibid., p. 78.
80 DAMATTA, Roberto. **O que faz o brasil, Brasil?**. Rio de Janeiro: Rocco, 1986, p. 126.
81 DAMATTA, 1986, p. 15.
82 Ibid., p. 17.
83 Ibid., p. 17.
84 ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 403.
85 DAMATTA, op. cit., p. 19.
86 Ibid., p. 19.

dupla. De um lado, ela é moderna e eletrônica, mas de outro é uma chave antiga e trabalhada pelos anos"[87].

Não é diferente com o direito. Assim, foi destacado que há no Brasil uma doutrina pós-positivista para interpretação do direito fruto de uma crítica às perspectivas exclusivas tanto do positivismo jurídico quanto do jusnaturalismo, a qual destaca que os cânones éticos foram e continuam a ser incorporados ao direito positivo por meio de princípios, demonstrando uma teoria jurídica brasileira moderna compatível com as concepções constitucionais anglo-americanas (especialmente Dworkin) ou alemães (principalmente Robert Alexy).

Entretanto, a própria abertura para interdisciplinaridade possível na vertente pós-positivista demonstra um conflito da realidade vivenciada com essa perspectiva, porquanto o modelo de direito adotado encontra dificuldades de aplicação eficaz no âmbito da realidade brasileira, que devem ser superadas, respeitando-se, entretanto, a cultura brasileira. Tal situação "torna necessário resgatar como coisa altamente positiva, como patrimônio realmente invejável, toda essa nossa capacidade de sintetizar, relacionar e conciliar"[88].

Assim, com a finalidade de discutir os problemas jurídicos brasileiros de uma forma relacional, "como uma moeda"[89], ou seja, como "algo que tem dois lados"[90], indispensável continuar a perguntar "o que faz o brasil, Brasil?"[91].

Para Roberto DaMatta, o jeitinho malandro ocupa um relevante espaço nessa interlocução entre o direito formal e a vivência cotidiana. A cultura brasileira entende que "não existe jamais um 'não' diante de situações formais e que todas admitem um 'jeitinho' pela relação pessoal e pela amizade"[92], decorrente do fato de as pessoas acreditarem no seguinte: "finalmente, sei que tenho relações pessoais que não me deixam caminhar sozinho neste mundo"[93].

Em suma, o jeitinho brasileiro consiste na forma de sintetizar as exigências jurídicas da modernidade com essa influência das relações pessoais, familiares, da cordialidade, que eram impregnadas nas sociedades tradicionais. Desse modo, não chega a ser um absurdo no direito se afirmar que inexistem dois casos iguais, perspectiva que não encontra ressonância nem em Dworkin nem em Alexy, apenas para citar as principais influências sobre a teoria jurídica

---

87 Ibid., p. 19.
88 DAMATTA, 1986, p. 125.
89 Ibid., p. 20.
90 Ibid., p. 20.
91 Ibid., p. 126.
92 Ibid., p. 17.
93 Ibid., p. 17.

brasileira.

Na verdade, mesmo tal assertiva, ainda que inconscientemente, está relacionada ao jeitinho malandro de ser, como bem anota Roberto DaMatta:

> Quer dizer, tal como acontece com o seu modo de andar, o malandro é aquele que – como todos nós – sempre escolhe ficar no meio do caminho, juntando, de modo quase sempre humano, a lei, impessoal e impossível, com a amizade e a relação pessoal, que dizem que cada homem é um caso e cada caso deve ser tratado de modo especial[94].

Assim, uma das propostas de solução que se pode adotar no direito brasileiro, o que muito corretamente o atual Código de Processo Civil (CPC) fez, é instituir uma teoria da decisão baseada nos precedentes, especialmente pela incorporação ao direito brasileiro do princípio da integridade, que já era tratado por Dworkin[95].

Na sua doutrina, ele defendia que a integridade proposta em sua teoria do direito tem muitas dimensões[96]. Primeiramente, "a decisão judicial deve ser uma matéria de princípio, não de compromisso ou estratégia ou acomodação política. Essa aparente banalidade é frequentemente ignorada [...]"[97].

Mas também, para se afirmar que o direito mantém-se íntegro, há também de se respeitar uma dimensão vertical, ou seja, "um juiz que clama um específico direito de liberdade como fundamental deve mostrar que tal argumento é consistente com o conjunto de precedente, e com a principal estrutura de nosso arranjo constitucional"[98].

Terceiro, a integridade mantém uma dimensão horizontal consistente em "um juiz que adote um princípio deve dar completo peso a ele em outros casos que ele decida ou endosse"[99]. Essa perspectiva é extremamente relevante, porque é verificado na jurisprudência que as importâncias conferidas aos argumentos vêm oscilando demasiadamente, demonstrando inequívoca desintegração casuística do direito a ocasionar a sua descrença.

O direito passa a não mais aceitar que cada caso é um caso que deve ser resolvido de um modo especial no âmbito do Direito Processual Civil, não apenas pela menção abstrata ao princípio da integridade, mas também por disposição de diversas regras acerca de como os julgadores devem se portar diante do momento da decisão, como segue:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
> [...]

---

94 Ibid., p. 106.
95 DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**: the moral Reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 83, tradução nossa.
96 Ibid., p. 83.
97 Ibid., p. 83.
98 Ibid., p. 83.
99 Ibid., p. 83.

> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> [...]
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Inclusive, tal regramento deve ser considerado cogente para as demais áreas processuais ou procedimentais, não apenas no Direito Processual Civil, em virtude de ser a primeira tratativa legal dessa matéria, portanto, a analogia deve ser utilizada para preencher a lacuna na área administrativa, por exemplo, nos termos do Art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Do dito até agora, é possível imaginar que essa alteração legislativa possuirá efeitos simbólicos[100], ou seja, os aplicadores continuem sem destacar as circunstâncias relevantes que distinguem um caso do outro, ferindo a presunção legal de que os casos são sempre iguais, em vez de distintos. Afinal, o jeitinho malandro enquanto possível característica socioantropológica brasileira preponderará, ou seja, a atividade de advogados manterem um diálogo próximo com os magistrados provavelmente continuará sendo importante. Afinal, como bem ressalta Roberto DaMatta acerca das circunstâncias que é possível aplicá-lo para flexibilizar o direito:

> Geralmente, isso se dá quando as motivações profundas de ambas as partes são conhecidas; ou imediatamente, quando ambos descobrem um elo em comum. Tal elo pode ser banal (torcer pelo mesmo time) ou especial (um amigo comum, ou uma instituição pela qual ambos passaram ou, ainda, o fato de se ter nascido na mesma cidade)[101].

Importa destacar, o presente trabalho não possui pretensão de esgotar a temática estudada das causas do constitucionalismo brasil tardio e da ausência de cultura constitucional a ensejar o desrespeito à vontade de Constituição prejudicial à afirmação de sua força normativa, mas tão-somente demonstrar como essas circunstâncias e suas possíveis causas prejudicam a realização dos mais caros princípios fundamentais especialmente por meio da constituição do administrador cordial tolerante com as más práticas administrativas, incluso o solipsismo decisional, e com a corrupção, prejudiciais à afirmação da dignidade da pessoa humana concretizada em parte pelo direito fundamental à boa administração pública.

Nessa senda, "a improbidade na administração pública brasileira é realidade mais cultural que jurídica, mais histórica que constitucional, dando surgimento à figura do

---

[100] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 33.
[101] DAMATTA, 1986, p. 102.

administrador cordial"[102], qual está principalmente relacionado à possível causa histórica do homem cordial, que "desconhece fronteiras entre o público e o privado e faz do cargo público instrumento de satisfação de interesses particulares"[103], mas há de se reconhecer que todo o contexto analisado interage na sua constituição.

Assim, conforme lição de Manoel Jorge e Silva Neto[104], essa "cordialidade do brasileiro" fica "evidenciada nos atos de corrupção que, por sua vez, se prende à forma de investidura do agente público", afinal, o administrador cordial busca alternativas mesmo inconstitucionais ao concurso público. Em resumo, "lesa os cofres públicos, contrata incompetentes, despreza o interesse de todos"[105].

Entretanto, há de se reconhecer que em ciências humanas e sociais aplicadas especialmente na sociedade contemporânea marcada pelo pluralismo cultural e político, o consenso é algo praticamente impossível. Nesse sentido, até com a finalidade de evitar radicalismos que costumam conduzir aos piores equívocos, no tópico seguinte, será analisada uma perspectiva crítica das referências interdisciplinares adotadas nos estudos do constitucionalismo brasileiro tardio, incapazes de negar suas principais conclusões, ainda que levem a aparar algumas de suas possibilidades críticas.

2.3 Críticas à Leitura Histórico Antropológica Tradicional

A perspectiva dos caracteres atávicos do personalismo ibérico, do homem cordial, do Estado patrimonial-estamental-autoritário e do jeitinho brasileiro tem provocado, segundo Jessé Souza[106], uma busca incorreta por soluções por basear-se em pressupostos inverídicos.

Importa ressaltar, em vez de pretender com essa parte da presente pesquisa negar as premissas fáticas que conduziram à elaboração do conceito do administrador cordial a partir de uma leitura tradicional da realidade brasileira, tal qual é provavelmente imperativo se adotada a integridade das críticas de Jessé Souza, na verdade, tendo em vista o objetivo final da pesquisa, bastará estar atento aos efeitos negativos apontados por ele, para fins de afastá-los, mantendo outra parte intacta.

Jessé Souza[107] entende que, até aproximadamente o período de 1920, vigorava o

---

[102] SILVA NETO, 2016, p. 70.
[103] SILVA NETO, 2016, p. 70.
[104] Ibid., p. 71.
[105] Ibid., p. 72.
[106] SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. 2. ed. Rio de Janeiro: LeYa, 2018a, p. 29-30.
[107] Ibid., p. 20.

racismo científico como diretriz a explicar o fundamento da superioridade dos povos brancos de olhos azuis do Atlântico Norte.

Exemplo de pensador inserido nessa corrente é Cesare Lombroso[108], para quem haveria uma certa fisionomia dos delinquentes, especificamente, "mandíbulas volumosas, assimetria facial, orelhas desiguais, falta de barba nos homens, fisionomia viril nas mulheres, ângulo facial baixo".

Ocorre que, após essa fase, provavelmente em decorrência das críticas que lhe foram dirigidas, surgiu uma nova teoria pretensamente não racista, mas classificada por Jessé Souza[109] como "a versão 'culturalista' do racismo", a qual "parte da superioridade de certo 'estoque cultural' das sociedades do 'Atlântico Norte' como fundamento da 'superioridade' dessas sociedades".

Seu caráter meramente ideológico, entretanto, é marcante. Afinal, embora se saiba que os seres humanos não são submetidos a um rígido determinismo biológico[110], essa perspectiva cultural pretende transformar a superioridade cultural dos povos do Atlântico Norte em quase insuperável, portanto, em um determinismo cultural rígido, algo inexistente.

Assim, "é construída uma separação 'ontológica' entre sociedades 'qualitativamente distintas', nas quais as diferenças não são de grau, ou seja, não são quantitativas, mas de essência"[111] e as consequências dessa concepção são de todo negativas. Soluções político-jurídicas bem-sucedidas em um determinado contexto social não são consideradas viáveis para resolver idênticos problemas justamente em decorrência de uma dada inferioridade cultural.

Não se pretende com esse argumento defender uma importação acrítica de conceitos estrangeiros por serem todos os seres humanos e culturas iguais, mas repreender a perspectiva, como bem acentua Jessé Souza[112], de que o "mercado é 'divinizado' pela mera oposição com o Estado, definido como corrupto" em definitivo no Brasil, extraída em parte dessas apontadas características culturais, quais sejam, cordialidade, patrimonialismo, personalismo ibérico, jeitinho malandro, interpretadas enquanto um rígido determinismo cultural incidente apenas nas relações públicas.

A hipótese subjacente a elas é a necessidade de privatização sempre que possível das

---

[108] LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007, p. 197.
[109] SOUZA, 2018a, p. 20.
[110] SOARES, 2017, p. 15-16.
[111] SOUZA, op. cit., p. 21.
[112] SOUZA, Jessé. **Subcidadania brasileira**: para entender o país além do jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: LeYa, 2018b, p. 21.

atividades exercidas pelo Estado, ou seja, adota-se, portanto, o liberalismo econômico, como decorrência da "falsa oposição entre Estado demonizado e mercado – concentrado e superfaturado como é o mercado brasileiro -, como o reino da virtude e da eficiência"[113].

Essa constatação da cultura política brasileira vincula, portanto, "o tema da corrupção ao tema do Estado, sem perceber a corrupção que é praticada na dimensão da sociedade", inclusive, no mercado[114].

Apenas assim pela privatização seria possível contornar os efeitos do administrador cordial, caso se adotasse na integralidade essas leituras criticadas. Entretanto, já Manoel Jorge e Silva Neto difere dessa opinião, pois considerou não subsistir "corrupção sem corruptor, os agentes econômicos privados andam de braços dados com os corruptos do serviço público em direção ao altar da prevaricação e da rapinagem praticada contra o erário"[115].

Além disso, apontou, entre as medidas institucionais para melhorar o sistema político-jurídico brasileiro, a Lei da Ficha Limpa, a qual reputou "– com desculpas pelo bordão – como verdadeiro divisor de águas dentro do processo político-partidário no País"[116].

Portanto, por a presente pesquisa constatar e sustentar, na verdade, a necessidade de modernização do controle interno e externo acerca da gestão administrativa, nada há a temer das considerações de Jessé Souza, para quem o vício dessa perspectiva criticada consiste em não se preocupar devidamente com "a melhora do combate à corrupção por meio do melhor aparelhamento dos órgãos de controle"[117], pois realiza "uma dramatização da oposição mercado (virtuoso) e Estado (corrupto) construída como uma suposta evidência da singularidade histórica e cultural brasileira"[118].

O caráter ideológico dessas consequências extraídas de uma leitura radical dessa corrente de pensadores tradicionais é manifesto, pois, como se sabe, "nas poucas vezes em que se verificou historicamente qualquer preocupação política com as demandas das classes populares, estas sempre partiram do Estado"[119].

Célebre é a sustentação dos capitalistas ingleses contrária à redução da jornada de trabalho de seus empregados, já que supostamente lhes retiraria justamente a única hora de

---

[113] SOUZA, 2018a, p. 10.
[114] FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opin. Publica**, Campinas, v. 15, n. 2, p. 386-421, nov. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 06 set. 2018.
[115] SILVA NETO, 2016, p. 67.
[116] Ibid., p. 67.
[117] SOUZA, 2018b, p. 33
[118] Ibid., p. 33.
[119] SOUZA, 2018b, p. 33.

lucro, ou seja, como bem lembrou Karl Marx[120], afirmaram "que a décima segunda hora, aquela que se queria tirar do capitalista, era exatamente a única hora de onde ele obtinha o seu lucro".

Diante exatamente das nefastas consequências do liberalismo econômico, construiu-se historicamente a necessidade de intervenção do Estado na ordem econômico-social, com fins de proteção da dignidade da pessoa humana[121]. Portanto, não pesam razões para aqueles que o adotam como ideologia possivelmente salvadora da realidade brasileira no momento, ao contrário.

Nesse sentido, Francis Fukuyama[122] destacou que o "problema de se criar instituições políticas modernas foi descrito como o problema de se 'chegar à Dinamarca'". De um lado, reconheceu que "não está claro que a ordem política da Dinamarca possa criar raízes em contextos culturais muito diferentes"[123]. De outro, afirmou que "os países pobres são pobres não pela carência de recursos, mas pela carência de instituições políticas eficazes"[124].

Mesmo sendo justas as críticas direcionadas à corrupção ou eventual excesso burocrático no Brasil, referido suposto padrão dinamarquês de qualidade de vida não pode ser obtido por meio da ausência do Estado, que é essencial até mesmo para o exercício de livre iniciativa, confirmando o equívoco do liberalismo econômico. Por exemplo, "aparecem buracos nas rodovias da cidade"[125], que são "tapados como que por mágica, para que ninguém tenha que se preocupar com a quebra de um eixo"[126].

Francis Fukuyama[127] assevera também que as utopias de "governo mínimo ou inexistente imaginadas pelos sonhadores de esquerda e direita não são fantasias; elas existem de fato no mundo em desenvolvimento contemporâneo".

Em muitos desses países, o ideal das baixas alíquotas é realidade, mas, em "vez de liberar o empreendedorismo, [...] confere fundos insuficientes para serviços públicos básicos como saúde, educação e enchimento de buracos"[128]. Além disso, falta "infraestrutura física da qual depende uma economia moderna, como as estradas, os sistemas de justiça e a polícia"[129].

---

[120] MARX, Karl. Salário, preço e lucro. *In*: MARX, Karl. **Trabalho assalariado e capital & salário, preço e lucro**. 2 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010, p. 81.
[121] SANTOS, Tiago. Estado instituído na Constituição de 1988, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. *In*: MATOS, Taysa; SANTANA, Selma; GOSTINSKI, Aline (Org.). **Dignidade da pessoa humana:** estudos para além do direito. 2. ed. Florianópolis: Torant Lo Blanch, 2018a.
[122] FUKUYAMA, Francis. **As origens da ordem política**: dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa. Tradução: Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2013, p. 29.
[123] Ibid., p. 29.
[124] Ibid., p. 29.
[125] Ibid., p. 29.
[126] Ibid., p. 29.
[127] Ibid., p. 28.
[128] FUKUYAMA, 2013, p. 28.
[129] Ibid., p. 29.

Nenhuma novidade há em entender que o direito, inclusive, por meio da atuação do Estado no domínio econômico pode sim vir a promover o desenvolvimento nacional, inclusive, já ensinou Orlando Gomes que a "necessária intervenção do Estado no próprio processo de desenvolvimento econômico há de se fazer, acentuadamente, mediante reformas inteligentes da legislação"[130]. Em outras palavras, o direito "e o desenvolvimento têm, com efeito íntima conexão"[131].

Assim, por meio da ausência de intervenção do Estado no domínio econômico e social não será solucionada nenhuma questão da modernidade, afinal, como bem acentuou Eros Roberto Grau[132], a "própria constituição do modo de produção capitalista dependeu da ação estatal. Em outros termos, não existiria o capitalismo sem que o Estado cumprisse a sua parte, desenvolvendo vigorosa atividade econômica". Logo, há de se reconhecer que o Estado exerce certas funções constitutivas do mercado, a exemplo dos direitos de propriedade e dos contratos[133].

Eros Roberto Grau[134] enfatiza também que "ainda ao tempo do liberalismo o Estado era, seguidas vezes, sempre no interesse do capital, chamado a 'intervir' na economia". Portanto, a defesa do Estado-mínimo torna-se completamente equivocada em uma análise histórica. Nesse sentido, há funções relacionadas à preservação do mercado, como legislação antitruste e sistema monetário[135].

Há de se reconhecer a indispensabilidade do Estado para a própria manutenção e preservação do mercado, especialmente, em uma época de globalização e alta especialização, em que "educação, transportes e comunicações" se tornam premissas da produção econômica[136].

Inclusive, enquanto defende-se uma redução do papel do Estado brasileiro por meio de enxugamento da máquina pública, países como Dinamarca e Noruega figuram exatamente no lado oposto em termos de quantidade proporcional de empregos públicos nas análises da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE[137].

---

[130] GOMES, Orlando. **Direito e desenvolvimento**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1961, p. 27
[131] Ibid., p. 27.
[132] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: (interpretação e crítica). 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 23.
[133] Ibid., p. 18.
[134] Ibid., p. 19.
[135] Ibid., p. 18.
[136] GRAU, 2017, p. 18.
[137] OECD. **Government at a glance**. Paris: OECD Publising, 2015. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2015/employment-in-the-public-sector_gov_glance-2015-22-en. Acesso em: 14 set. 2018, p. 85, tradução nossa.

A Dinamarca possuía 31,1% dos seus empregos mantidos pelo setor público em 2009, tendo aumentado em 2013 para 34,9%. Em linha similar, a Noruega mantinha 32% dos empregos dentro do setor público, em 2009, crescendo para 34,6% em 2013. Por essas performances, dos 32 países incluídos no resultado da pesquisa, eles eram os dois países com maiores índices em 2013[138].

Em sentido oposto, em 2013, o Brasil figurava com apenas 12,1% dos empregados mantidos no setor público, situação similar à do México com 11,8% e Chile com 10,7%, países situados na América Latina[139].

Em uma análise de dados similares compilados pelo IPEA, mas incluindo os Estados Unidos da América e uma maior quantidade de países da América Latina, confirmou-se que a "comparação internacional com países ricos ilustra a falácia do 'gigantismo' ou 'inchaço' do Estado brasileiro"[140]. Na verdade, até mesmo os Estados Unidos da América, "a mais importante economia capitalista, caracterizada pelo seu caráter privatista e pelo seu elevado contingente de postos de trabalho no setor privado, o peso do emprego público (cerca de 15%) é maior que o do Brasil"[141].

Conclui-se, ainda nesses estudos, que, "mesmo comparado a países latino-americanos, o peso relativo do emprego público não é alto no Brasil"[142], aliás, "somente em países muito pobres do continente, como Bolívia e Equador"[143] encontra-se um porcentual de empregados públicos significativamente inferior.

Na verdade, segundo Jessé Souza, as causas que ensejam a ausência de realização dos valores constitucionais são diversas do personalismo ou patrimonialismo apontados na literatura tradicional que justificam esse discurso apoiador do liberalismo econômico acima criticado.

Portanto, se as causas reais são diversas, elas deverão conduzir a soluções bem diferentes, mas sua análise não afasta a necessidade de melhorar os controles internos e externos da administração pública para dificultar ou impedir que a cordialidade manifeste-se, apenas recusa-se a acreditar que essa seja uma característica manifestada exclusivamente na sociedade brasileira, classificando as teorias daqueles que assim pretendem como racismo cultural, o qual,

---

[138] Ibid., p. 85.
[139] Ibid., p. 85.
[140] MATTOS, Fernando Augusto Mansor de. **Emprego público nos países desenvolvidos**: evolução histórica e diferenças nos perfis. Brasília: IPEA, 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_1578.pdf. Acesso em: 14 set. 2018, p. 22.
[141] Ibid., p. 22.
[142] Ibid., p. 23.
[143] MATTOS, 2011, p. 23

entretanto, não é explícito, mas implícito, como citação que segue:

> Minha tese é que o nosso pensamento social muda o racismo explícito da cor da pele para um racismo implícito, e por conta disso torna-se muito mais perigoso. Onde reside o racismo implícito do nosso culturalismo? Ora, precisamente no aspecto principal de todo racismo, que é a separação ontológica entre seres humanos de primeira e segunda classe[144].

Decorrente dessa perspectiva, a sociologia do vira-lata surge como o discurso supostamente científico de uma "versão oficial do liberalismo conservador brasileiro"[145], possibilitando "a união do desprezo das elites internacionais em relação à periferia do capitalismo, com o desprezo das elites nacionais pelo seu próprio povo"[146].

Assim, por essa leitura tradicional possibilitar uma intensa crítica à atuação estatal, especialmente, por meio de uma percepção seletiva da corrupção, "sempre do Estado"[147], ela termina por fulminar as vias abertas de alteração da realidade social em prol das camadas populares. Mas, além disso, possibilita uma idealização dos Estados Unidos da América e da Europa completamente destoante da realidade.

Servem de exemplo de grandes esquemas internacionais conduzidos por empresas estrangeiras as "falcatruas globais do mercado financeiro americano, que ficaram públicas na crise de 2008, construídas para enganar os próprios clientes, lavar dinheiro em escala internacional e drenar o excedente mundial em seu favor"[148].

Além disso, poderiam ser listados casos de paraísos fiscais, cartelizações de diversos setores da economia, esquemas envolvendo o banco HSBC, a FIFA etc. Portanto, o raciocínio de privatização para os conglomerados estrangeiros sob a justificativa de evitar a prática de corrupção torna-se inadequado, sendo necessário enfrentar os problemas da administração pública por meio da modernização dos meios de controle interno e externo.

Entre as perspectivas trazidas por Jessé Souza[149] qualificadas como sociologia do vira-lata, ganha destaque o estudo sobre o homem cordial de Sérgio Buarque de Holanda, ao qual se vincula a noção de Estado patrimonial de Raymundo Faoro, como segue:

> A primeira ideia da sociologia do vira-lata é a percepção do brasileiro pensando genericamente, sem distinções de classe, enquanto pura negatividade na noção de homem cordial. A segunda é o alongamento da noção de homem cordial na noção de Estado patrimonial[150].

---

[144] SOUZA, 2018b, p. 10.
[145] Ibid., p. 15.
[146] Ibid., p. 15.
[147] Ibid., p. 37.
[148] SOUZA, 2018b, p. 18.
[149] Ibid, p. 15.
[150] Ibid., p. 15.

A cordialidade consiste na qualidade do homem cordial, o qual "é emotivo e particularista e tende a dividir o mundo entre 'amigos', que merecem todos os privilégios, e 'inimigos', que merecerem a letra dura da Lei"[151].

Se essa característica residisse exclusivamente nas relações jurídicas da esfera privada, não haveria questionamentos maiores, entretanto, como bem afirma Jessé Souza, é "o Estado dominado pelo homem cordial e particularista que se tornará o conceito mais importante da vida intelectual e política brasileira até hoje"[152].

Indica-se, desse modo, "um caminho ao Brasil: o do afeto e da emotividade pré-moderna"[153], afinal, "o Estado e seus agentes passam a agir como age o homem cordial na vida cotidiana: dando tudo aos amigos e reservando aos inimigos a letra dura da Lei"[154].

O contraponto do homem cordial, apontado como característica cultural brasileira praticamente naturalizada, visto sua qualidade praticamente intransponível, é o protestante ascético norte-americano[155], o qual possibilitou afirmar naquele país existir uma "cultura da autorresponsabilidade, da impessoalidade, da racionalidade e da solidariedade horizontal"[156].

Entretanto, a correção moral "protestante tinha muito mais de hipocrisia do que de realidade"[157]. Nesse sentido, reconhece-se que aquelas qualidades não passam de "idealização dos Estados Unidos como uma espécie de 'paraíso na terra'"[158] e, portanto, não correspondente à realidade.

Outra crítica dirigida à utilização do conceito do homem cordial consiste em ele não ter "classe social, mesmo em um país tão desigual como o Brasil sempre foi. Ou seja, desde o início, essa noção esconde conflitos sociais de toda espécie"[159].

Fernando Filgueiras[160] anui, ainda que parcialmente, com essas críticas. Segundo ele, essa leitura da cordialidade "empobrece a análise e engessa a possibilidade de mudança social", além de enquadrar "a explicação da corrupção à formação do caráter do brasileiro e sua natural desonestidade, com o risco de naturalizar a corrupção a partir da existência da família patriarcal"[161].

---

[151] SOUZA, 2018a, p. 32.
[152] Ibid., p. 32.
[153] Ibid, p. 45.
[154] Ibid., p. 48.
[155] Ibid., p. 45.
[156] SOUZA, 2018a, p. 46.
[157] Ibid., p. 46.
[158] Ibid., p. 46.
[159] Ibid., p. 45.
[160] FILGUEIRAS, 2009.
[161] Ibid.

Por fim, há de se considerar que a cordialidade não é uma característica diferencial do povo e organização estatal brasileira, já que há "personalismo e relações pessoais fundando todo tipo de privilégio também nos Estados Unidos e Europa"[162]. Assim, a presente pesquisa enriquece-se ainda mais, por tornar indispensável uma análise de direito comparado justamente para analisar como prevenir ou evitar práticas do administrador cordial, enquanto tipo que transcende a cultura brasileira.

Em sentido similar, o patrimonialismo destacado por Raymundo Faoro consiste em "uma vida institucional que tem como fundamento uma 'elite estatal', também pré-moderna, que parasitaria toda a sociedade"[163].

Para Jessé Souza[164], o "patrimonialismo é uma espécie de amálgama institucional do personalismo", o qual foi analisado sob a figura do personalismo lusitano, demonstrando a origem histórica dessa característica sociocultural brasileira para essa perspectiva. Desse modo, "Faoro procura comprovar sua hipótese buscando raízes que se alongam até a formação do Estado português no remoto século XII da nossa era"[165].

Além disso, em resposta ao livro "Os donos do poder", em que Raymundo Faoro sustenta a existência de um histórico personalismo lusitano no século XIV causador da configuração de um Estado brasileiro patrimonial-estamental-autoritário, para o qual a solução é a adoção de políticas liberais, tendentes a um Estado-mínimo, Jessé Souza formula o conceito de donos do mercado e, nitidamente, pretende imputar àquelas análises a aptidão de "tornar invisível a verdadeira corrupção dos donos do mercado que capturam o Estado e saqueiam o orçamento público" [166].

Em resumo, ele afirma que esses estudos ocultam a face de um "mercado capturado por oligopólios e atravessadores financeiros, cujos donos lograram dominar primeiro o mercado e depois o Estado e a sociedade"[167]. Portanto, não propõe encontrar uma solução nem no mercado, nem no Estado tal qual atualmente postos, mas sim reformulá-lo e acentuar a realidade da desigualdade da economia brasileira que construiu uma subcidadania permanente.

Não apenas, Jessé Souza critica também incisivamente aqueles que pretendem transpor a formação histórica da identidade portuguesa para o território brasileiro, ao destacar a importância que a escravidão de negros e índios possuiu neste país. Em outros termos, "dizer

---

[162] SOUZA, 2018b, p. 18.
[163] SOUZA, 2018a, p. 29.
[164] Ibid., p. 32.
[165] SOUZA, 2018a, p. 53.
[166] SOUZA, 2018b, p. 17.
[167] Ibid., p. 17.

que o Brasil é uma continuação de Portugal quando aqui, ao contrário de lá, a escravidão era a instituição total que comandava a vida de todos [...] é um absurdo científico"[168].

Outra concepção correlata indispensável para compreensão da crítica formulada por Jessé Souza a Raymundo Faoro consiste no estamento, o qual é "uma camada social cuja solidariedade interna é forjada a partir de um estilo de vida comum e de uma noção de prestígio compartilhado"[169], tendo supostamente e equivocadamente se "consolidado a partir da crise política portuguesa de 1383-85"[170].

A noção básica para compreensão da palavra "estamento" na concepção de Raymundo Faoro é a honra, entendida como "conceito central das sociedades pré-capitalistas tradicionais"[171].

O problema que denota a perspectiva ideológica da opinião de Raymundo Faoro é que a categoria construída por ele "transmuta-se quase que imperceptivelmente na noção pura e simples de Estado interventor"[172], já que "sempre que temos Estado, temos um estamento que o controle em nome de interesses próprios, impedindo o florescimento de uma sociedade civil e empreendedora"[173].

Uma perspectiva intermediária entre Raymundo Faoro e a que se pretende adotar nesse trabalho é a de Francis Fukuyama[174], para quem a "tendência a favorecer parentes e amigos pode ser superada por novas regras e incentivos que obrigam, por exemplo, à contratação de um indivíduo qualificado em vez de um familiar", no que se anui integralmente.

Entretanto, ele considera que "as instituições superiores são, em certo sentido, antinaturais"[175], opinião divergente da adotada, já que há de se reconhecer que o patrimonialismo é uma construção cultural em nada similar a um determinismo biológico.

Há outros estudos acerca da corrupção que demonstram o equívoco da noção patrimonial do Estado brasileiro desenvolvida por Raymundo Faoro. Nesse sentido, Fernando Filgueiras[176] aponta que "a corrupção não pode ser explicada, hoje, pelo conceito de patrimonialismo de Faoro, porque não há, no Brasil, um sistema de legitimação tradicional e as práticas de corrupção não são apenas derivadas do poder estatal".

---

[168] SOUZA, 2018a, p. 41.
[169] Ibid., p. 56.
[170] Ibid., p. 56.
[171] SOUZA, 2018a, p. 56.
[172] Ibid., p. 58.
[173] Ibid., p. 58.
[174] FUKUYAMA, 2013, p. 61.
[175] Ibid., p. 61.
[176] FILGUEIRAS, 2009.

O último dos principais conceitos tratados nesta pesquisa que sofreram uma severa crítica de Jessé Souza[177] foi a noção de jeitinho brasileiro, malandragem ou jeitinho malandro.

Embora o vínculo dessas correntes analisadas com o jeitinho brasileiro não seja explícito, entende Jessé Souza, que essa "'pré-modernidade' é o núcleo, nunca explicitado, de noções hoje correntes como 'jeitinho brasileiro'"[178]. Inclusive, o desenvolver da presente pesquisa bem demonstra isso.

O jeitinho brasileiro é entendido enquanto um sistema binário. De um lado, frente a normas gerais, "seguimos sempre o código burocrático ou a vertente impessoal e universalizante, igualitária, do sistema"[179]. De outro, em uma situação concreta, "seguimos sempre o código das relações e da moralidade pessoal, tomando a vertente do 'jeitinho', da 'malandragem' e da solidariedade como eixo de ação."[180].

O problema do jeitinho, assim como, dos debates sobre cordialidade, personalismo e patrimonialismo, "é a ideia de que existem sociedades sem 'jeitinho', ou seja, sem influência de relações pessoais poderosas decidindo o destino de pessoas concretas, muito especialmente nessa sociedade conto de fadas para adultos que são os Estados Unidos"[181].

Afinal, como bem destacou Jessé Soua, sobre inadequação dessa perspectiva, a história é narrada "como se o policial norte-americano não batesse com mais força no latino e nos negros pobres, como se o governo, na "mutreta" e sem assumir, não espionasse aliados e inimigos [...]"[182].

Assim, a leitura tradicional da sociedade brasileira empreendida pela cordialidade, personalismo lusitano, patrimonialismo e jeitinho malandro merece ser considerada com a devida cautela, evitando incorrer nos riscos de culpar o Estado por todos os problemas do país em virtude da suposta existência de donos do poder, até porque a solução decorrente dessa perspectiva não se demonstra adequada, qual seja, o liberalismo econômico com a redução do papel do Estado.

Além disso, a cautela deve ser reforçada sempre que se perceber argumentos de racismo cultural consistentes na existência de uma distinção culturalmente rígida entre os brasileiros e os povos de outros países, afinal, essa circunstância termina por desconsiderar a possibilita de instituições sólidas serem aptas a mitigar a cordialidade e o patrimonialismo, assim como, de

---

[177] SOUZA, op. cit., p. 88.
[178] Ibid., p. 29.
[179] SOUZA, 2018a, p. 75-76.
[180] Ibid., p. 75-76.
[181] Ibid., p. 88.
[182] Ibid., p. 88.

medidas pedagógicas nesse escopo.

2.4 Caracteres do Administrador Cordial no Brasil

O administrador cordial apontado pelo constitucionalismo brasileiro tardio consiste, como visto, em uma realidade interdisciplinar com a qual o direito há de lhe dar. Nesse sentido, após a exposição da leitura tradicional da sociedade e Estado modelados no Brasil, foram trazidos estudos opostos a eles.

Em virtude também dessas perspectivas apresentadas, prefere-se adotar a expressão, neste trabalho, de possíveis causas para o constitucionalismo brasileiro tardio, assim como, possíveis efeitos, já que um está imbricado no outro. Assim, os reflexos desse debate serão ponderados diante dessas perspectivas diametralmente opostas analisadas.

As possíveis causas para o constitucionalismo brasileiro tardio são a ausência de pertencimento de parte relevante do povo brasileiro (índios e negros), o personalismo lusitano ou ibérico e o homem cordial. A possível causa política é o pífio desenvolvimento dos ideais democráticos e republicanos. Por fim, a possível causa jurídica consiste no acolhimento do espírito da escola da exegese.

Com o intuito de completar a análise interdisciplinar empreendida com leituras relacionadas, a possível causa sociológica consiste na corrupção brasileira ter se tornado uma anomia no sentido de inovação mertoniana. Por sua vez, a perspectiva antropológica conduz à possível causa do jeitinho malandro.

A partir das críticas formuladas por Jessé Souza acerca dos conceitos personalismo lusitano ou ibérico, homem cordial e jeitinho malandro, assim como, seus correlatos patrimonialismo e estamento, optou-se por entender que essas características não são naturais do brasileiro, muito menos, culturalmente rígidas, podendo, portanto, ser superadas.

Além disso, também se afastou qualquer concepção que transforme o povo brasileiro em culturalmente inferior aos demais, com vistas a evitar uma perspectiva de racismo cultural. Nesse sentido, soluções encontradas em outros países, mesmo europeus, para problemas similares (personalismo, cordialidade, patrimonialismo, jeitinhos) podem e devem ser testadas no Brasil, desde que devidamente adaptadas à realidade nacional.

Por fim, apartou-se de qualquer análise formulada a partir dessas noções culturalmente construídas no Brasil um viés liberal ou neoliberal contrário à intervenção do Estado na ordem econômica ou social. Ao contrário, propõe-se, com fundamento nessas circunstâncias fáticas, estudos acerca de melhores formas de organização das instituições, para fins de otimizar a

realização do princípio da dignidade humana.

A principal justificativa para afastar qualquer caráter neoliberal foi entender que a subcidadania permanente é uma possível causa para o constitucionalismo brasileiro tardio, sendo o Estado o principal viés de modificação da realidade social das classes hipossuficientes.

Por subcidadania permanente entende-se a exclusão realizada pelo mercado de trabalho capitalista competitivo, pois, nesse contexto, "as predisposições para o desenvolvimento de trabalho útil, como disciplina, autocontrole e cálculo prospectivo, são também pressupostos em qualquer processo de aprendizado"[183].

Ocorre que há indivíduos e "classes sociais – cujo contexto de carência aguda e desestruturação familiar impedem a adequada reprodução desses pressupostos psicossociais na socialização familiar desde tenra idade"[184], o que os conduz "à marginalidade e à exclusão social"[185].

Eles apenas conseguem vender seus "corpos, a baixo preço, para serviços desvalorizados"[186], entre os quais, "são, tipicamente, divididos em serviços sujos e pesados para os homens reduzidos à energia muscular, e serviços domésticos e sexuais para as mulheres"[187].

Portanto, uma vez que o liberalismo econômico sempre se demonstrou incapaz de solucionar ou amenizar tais revezes sociais produzidos até mesmo em um sistema capitalista competitivo, há de se reconhecer a importância da intervenção estatal na ordem econômica e social.

Manteve-se, assim, a figura do administrador cordial apontada pelos estudos do constitucionalismo tardio como efeito que se pretende evitar ou reprimir por meios jurídicos, já que consiste em um destacado problema, ainda que não se parta da premissa de ele ser qualidade inerente ao brasileiro. Além disso, longe de se imputar todos os problemas a essas características que provocam o patrimonialismo, reconhece-se a possibilidade de outras possíveis concausas, a exemplo da subcidadania permanente, que acontece em maior ou menor escala tanto no capitalismo central quanto periférico.

---

[183] SOUZA, 2018b, p. 46.
[184] Ibid., p. 46.
[185] Ibid., p. 46.
[186] Ibid., p. 50.
[187] Ibid., p. 50.

3 IMBRICAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO E *COMPLIANCE* NO DIREITO EUROPEU COM FINS A LIMITAR O ADMINISTRADOR CORDIAL

3.1 Análise da Positivação do Direito Fundamental à Boa Administração nas Entidades Internacionais Europeias

O direito brasileiro, do ponto de vista constitucional, adotou princípios jurídicos inúmeros, entre os quais, a dignidade da pessoa humana, que é considerada, nessa perspectiva, a própria essência e finalidade do direito.

Em outras palavras, "entre os diversos princípios ético-jurídicos que adquiriram status constitucional nas últimas décadas, merece destaque a dignidade da pessoa humana"[188], pois, no pós-positivismo jurídico, ficou evidenciado "que o fundamento último e a própria *ratio essendi* de um direito justo não é outro senão o próprio homem"[189].

Nesse escopo, a dignidade da pessoa humana, inserida como princípio do direito, possui uma tríplice eficácia jurídica, a saber, positiva, negativa e hermenêutica. Por eficácia positiva, entende-se que ela obriga os poderes constituídos a praticar atos que a promovam. Já a eficácia negativa significa que ela impede a realização de atos que dificultem ou impossibilitem a sua realização.

Sobre a existência das eficácias positiva e negativa, Soares[190] constata que "o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de respeito ou abstenção ao Estado e aos particulares, mas também exige a realização de condutas positivas por agentes públicos e privados". Afinal, para sua concretização, há também a necessidade de "efetivar e promover a existência digna do indivíduo"[191].

Por sua vez, a eficácia hermenêutica significa que a dignidade da pessoa humana deve ser utilizada para interpretar outros textos normativos, seja lá qual for o ramo do direito, ou seja, como Ricardo Maurício Freire Soares ensina, "no plano hermenêutico, o princípio da dignidade humana orienta a correta interpretação e aplicação dos demais princípios e regras, constitucionais ou infraconstitucionais, de um dado sistema jurídico"[192].

---

188 SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.
189 Ibid., p. 128.
190 Ibid., p. 145.
191 Ibid., p. 145.
192 SOARES, 2010, p. 146.

Em suma, a dignidade da pessoa humana é um princípio utilizado "a fim de que o intérprete escolha, entre as diversas opções hermenêuticas, a que melhor tutele a ideia de existência digna no caso concreto"[193].

Segundo lição de Reale, "o texto constitucional enuncia os princípios e regras que bastam para a organização dos poderes da República, bem como os essenciais à garantia dos indivíduos e dos grupos"[194]. A dignidade da pessoa humana figura nesse rol dos explicitamente previstos.

Ele reconhece também que ficam "implícitas, todavia, outras normas que daqueles resultarem como consequência lógica necessária"[195]. Assim, incumbe ao intérprete construir por derivação outros tantos, assumindo especial papel a dignidade da pessoa humana nessa seara por ela ser "o valor fonte de todos os outros valores constitucionalmente postos"[196].

Embora se reconheça com acerto de que não "se conceitua dignidade da pessoa humana"[197], já que consiste em um "topoi, ou seja, termo que não admite conceituação"[198], é certo que ela serve "de ponto de partida para a solução do problema normativo ocorrente"[199].

Diante desse contexto, é inegável que a dignidade da pessoa humana pode ser utilizada para fins de reconhecer a juridicidade de princípios não expressamente previstos na Constituição de 1988, nos termos da cláusula de abertura do seu art. 5º, parágrafo segundo.

É sabido, portanto, que o "princípio da dignidade da pessoa humana se desdobra em inúmeros outros princípios e regras constitucionais, conformando um arcabouço de valores e finalidades a ser realizadas pelo Estado e pela sociedade civil"[200].

Essa questão constitucional do direito brasileiro demanda uma análise interdisciplinar para a sua solução, é verdade. Entretanto, outros sistemas jurídicos enfrentam o mesmo problema, qual seja, conceituar e definir os contornos dos direitos fundamentais decorrentes da dignidade da pessoa humana.

A proposta que se faz presentemente consiste em utilizar a técnica de interpretação sistemática, especialmente, para fins de emprego do direito comparado, ou seja, analisar as soluções de sistemas jurídicos paralelos para o mesmo problema constitucional, compreendendo o seu funcionamento e analisando criticamente a possibilidade de incorporação

---

193 Ibid., p. 146.
194 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 120.
195 Ibid., p. 120
196 SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 316.
197 Ibid., p. 316.
198 Ibid., p. 316.
199 Ibid., p. 316.
200 SOARES, op. cit., p. 137.

ainda que parcial das consequências obtidas em outros ordenamentos.

Na verdade, a utilização do direito comparado como método de interpretação e aprimoramento do direito nacional não consiste em uma inovação, sendo adotado por diversos pesquisadores do ramo. Por exemplo, para René David[201], uma das três funções do direito comparado foi justamente "permitir aos juristas de diversas nações, no que respeita aos seus direitos internos, considerar o seu aperfeiçoamento, libertando-os da rotina".

Essa pesquisa insere-se exatamente nessa perspectiva do direito comparado, qual seja, considerá-lo "apenas um método, o método comparativo"[202], que move a maior parte dos juristas que lida com ele[203].

O argumento da juridicidade do direito fundamental à boa administração ganha especial relevo em decorrência de a realização da dignidade da pessoa humana não depender apenas dos direitos de primeira dimensão, mas também dos de segunda[204]. Em síntese, sem uma adequada gestão dos órgãos, autarquias e empresas estatais capaz de conciliar o texto normativo com a cultura brasileira, sem dúvidas, a sua concretização restará prejudicada. Afinal, é sabido que os recursos são limitados e a positivação de um princípio implica o consequente dever jurídico de adoção dos meios adequados, necessários e proporcionais, como bem trouxe Robert Alexy[205].

Assim, na linha de uma técnica lógico-sistemática de interpretação do direito, na esteira do marco filosófico pós-positivista que impacta numa nova teoria de interpretação constitucional, justifica-se a investigação do tratamento conferido ao direito fundamental à boa administração nas instituições europeias, nos seus estados-membro e na respectiva doutrina para fins de melhor compreender a sua utilização como meio de concretização da dignidade humana.

A primeira instituição a ser analisado é o Conselho da Europa, uma organização internacional europeia fundada em 5 de maio de 1949, possuindo 47 membros ativos e apenas dois idiomas oficiais, ou seja, importa destacar que não se confunde nem integra a União Europeia.

Assim, situação bem diversa é a da União Europeia, fundada em 1º de novembro de 1993, ainda que relacionada à Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, criada em 1952, e à

---

201 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução: Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Editora Meridiano, 1978, p. 40-41.
202 Ibid., p. 35.
203 Ibid., p. 35.
204 SOARES, 2010, p. 152.
205 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2015b, p. 116-117.

Comunidade Econômica Europeia, instituída em 1957. Além dessa distinção na formação histórica, ela possui atualmente 28 Estados-membros e 24 línguas oficiais.

Outra distinção relevante é que, embora a União Europeia seja considerada também uma organização internacional, Marcelo Neves[206] considera que ela é tão peculiar que consiste em uma instituição de direito supranacional em virtude de poder obrigar os Estados-membros a obedecerem a suas normas, circunstância ausente no Conselho da Europa.

Essa distinção inicial é importante para entender que o documento internacional adotado pelo Conselho da Europa foi a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, sendo o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos o órgão competente para julgar causas relativas à sua aplicação.

Por outro lado, a União Europeia é uma instituição de natureza diversa, dentro da qual funciona o Conselho Europeu, integrado por chefes de Estado ou de governo, e o Conselho da União Europeia, formado a nível ministerial. O seu órgão judiciário principal é o Tribunal de Justiça da União Europeia, acompanhado do Tribunal Geral da União Europeia e do Tribunal da Função Pública.

Essa realidade jurídica de diversos níveis de proteção da dignidade humana levou Catherine Dupré[207] a afirmar a existência de uma era da dignidade, afinal, para além do Conselho da Europa e da União Europeia, inegavelmente, ainda há no mínimo a proteção nacional. Assim, o "constitucionalismo europeu é entendido como incluindo a Europa e seus Estados membros considerados juntamente"[208]. Logo, "essa normatividade multiníveis que surge dessa imbricação de ordens constitucionais é sem dúvidas uma significativa característica do constitucionalismo europeu"[209].

Os problemas constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana são solucionados mediante uma interação entre os direitos nacionais com a camada de proteção dos direitos humanos relativa ao Conselho da Europa por meio do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e à União Europeia com o Tribunal de Justiça da União Europeia, circunstância indispensável para a correta compreensão de como é viabilizada tal proteção.

Na verdade, os direitos humanos naquele continente possuem a peculiaridade de o direito da União Europeia ser capaz de se fazer respeitado pelos órgãos nacionais, sendo que seu judiciário considera por demais os precedentes jurisprudenciais do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, órgão do Conselho da Europa competente para defender a Convenção

---

206 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 240.
207 DUPRÉ, Catherine. **The age of dignity**: human rights and constitutionalism in Europe. Oxford: Hart Publising, 2015, tradução nossa.
208 Ibid., p. 5.
209 Ibid., p. 5-6.

Europeia dos Direitos Humanos.

Assim, não há apenas um intenso diálogo institucional entre os países e o Conselho da Europa e a União Europeia, mas também entre eles, motivo pelo qual o transconstitucionalismo é um fenômeno destacado nesse continente.

Conceito correlato é o de Teoria da Interconstitucionalidade, tratada por José Gomes Canotilho, e analisada por Manoel Jorge e Silva Neto[210] em sua obra, consistente no "estudo das relações entre as diversas constituições que subsistem em um mesmo espaço político, diante da ocorrência, de fato, de convergências, justaposições e conflitos de várias ordens entre as diversas realidades constitucionais".

Entretanto, eles não se confundem e a presente análise versará sobre o transconstitucionalismo, não a interconstitucionalidade, justamente por entender que não há por enquanto "uma Constituição da União Europeia"[211], mas um "transconstitucionalismo europeu como transversalidade de ordens jurídicas em face de problemas jurídico-constitucionais comuns"[212], no que se incluem muitos outros níveis não hierarquizados de sistemas jurídicos.

Assim, embora Marcelo Neves[213] utilize a expressão supranacional para referir-se ao direito da União Europeia que possui capacidade de impor-se às ordens nacionais, é sabido que o transconstitucionalismo, mesmo nessa situação, aponta "antes para uma conversação constitucional fundada no aprendizado recíproco do que em uma forma hierárquica monolítica"[214].

Além da realidade continental destacada, em um campo internacional amplo, há solução de questões constitucionais ainda pela Organização das Nações Unidas por meio de seus órgãos ou entidades e tratados, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Importa ressaltar, essas diversas camadas de proteção da dignidade humana, embora sejam independentes e autônomas, não são incomunicáveis, ao contrário. Nesse sentido, o direito fundamental à boa administração será visto inicialmente sob a perspectiva da Resolução (77) 31 do Comitê de Ministros, órgão do Conselho da Europa, especialmente, porque influenciou o seu posterior debate doutrinário, jurisprudencial e mesmo a sua positivação na

---

[210] SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 114.
[211] NEVES, 2009, p. 156.
[212] Ibid., p. 155-156.
[213] Ibid., p. 240.
[214] Ibid., p. 154.

União Europeia[215].

Destaca-se, no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos Humanos que rege o Conselho da Europa, não há nenhuma disposição expressa acerca do direito fundamental à boa administração, que foi uma construção decorrente da necessidade sentido de assegurar um mínimo de padronização nos procedimentos administrativos, no que foi expedida a Resolução (77) 31 do Comitê de Ministros.

Naquele documento instaurador de um possível direito fundamental à boa administração, ficaram assentados certos princípios entendidos como requisitos ou exigências para uma boa e eficiente administração.

Cumpre analisar de logo o alcance conferido a essa proteção. Destaca-se que se destinou à "proteção das pessoas, físicas ou jurídicas, nos procedimentos administrativos relativos a quaisquer medidas ou decisões individuais tomadas no exercício da autoridade pública e que afetem diretamente seus direitos, liberdades ou interesses"[216].

Assim, verifica-se que o alcance pessoal envolve qualquer pessoa que esteja submetida a procedimento administrativo, independentemente de quaisquer condições suas, ou seja, pouco importa a sua nacionalidade ou residência.

Exige-se, entretanto, que o requerente seja o interessado, ou seja, não há possibilidade de terceiro exigir a integridade do procedimento administrativo, atuando como seu fiscal, com fundamento no direito fundamental à boa administração proposto no âmbito do Conselho da Europa.

O alcance material, em sentido contrário, como se pode perceber, é restrito. Afinal, há alguns requisitos para que esse direito incida. Primeiro, há de a questão ter surgido no bojo de um procedimento administrativo. Segundo, decisões administrativas gerais, a exemplo de regulamentos, não são alcançadas, exigindo a sua individualidade.

É chegado o momento da análise do alcance institucional. Nesse sentido, a normatização previu que "é desejável promover um padrão comum de proteção em todos os Estados-membros"[217], recomendando aos seus membros a orientar-se "na sua legislação e prática administrativa pelos princípios anexos"[218].

Assim, o alcance institucional dos princípios concretizadores do direito fundamental à

---

[215] COUNSIL OF EUROPE. **Resolution (77) 31**. Disponível em: http://www.refworld.org/docid/5a4caf0a4.html. Acesso em: 15 nov. 2018, tradução nossa.
[216] Ibid.
[217] COUNSIL OF EUROPE. **Resolution (77) 31**. Disponível em: http://www.refworld.org/docid/5a4caf0a4.html. Acesso em: 15 nov. 2018, tradução nossa.
[218] Ibid.

boa administração propostos pelo Conselho da Europa engloba os Estados-membros, não apenas o próprio conselho. Entretanto, por ser uma instituição de direito internacional sem a nota distintiva da supranacionalidade, segue a forma de recomendação, dependendo da anuência dos ordenamentos jurídicos nacionais para que seus efeitos incidam.

É chegada a hora de analisar os princípios que compõem o direito fundamental à boa administração, consoante esse primeiro marco relevante, qual seja, a Resolução (77) 33 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa.

O primeiro deles é o direito de ser ouvido, o qual assegura que "a pessoa em causa pode apresentar fatos e argumentos e, nos casos adequados, invocar provas que serão tidas em conta pela autoridade administrativa"[219], sempre que se referir a "qualquer ato administrativo de natureza que possa afetar negativamente os seus direitos, liberdades ou interesses"[220].

Além disso, há previsão ainda sobre o direito de ser ouvido para que, ao menos em certas cirtunstâncias, "a pessoa em questão seja informada, no devido tempo e em uma maneira adequada ao caso, dos direitos instituídos"[221] em regras procedimentais.

O segundo princípio, acesso à informação, propõe o dever de informar os fatores relevantes previamente ao interessado, ou seja, "a pessoa em causa é informada, antes que um ato administrativo seja adotado, pelos meios apropriados, de todos fatores relevantes para a sua prática"[222].

Em seguida, a assistência e a representação também são asseguradas. Em outros termos, a "pessoa em causa pode ser assistida ou representada no procedimento administrativo"[223]. Isto quer dizer que ela terá essa faculdade.

O quarto princípio, próximo do segundo, embora não se confundam, consiste em informar a pessoa interessada das razões em que se baseia o ato administrativo que afete negativamente os seus direitos, liberdades ou interesses. "Isso é feito declarando as razões do ato ou comunicando-as, a seu pedido, à pessoa por escrito, dentro de um prazo razoável"[224].

A distinção entre os princípios de "acesso à informação" e de "declaração de motivos" consiste naquele ser referente ao dever de justificação prévia ao ato administrativo, ao passo que o outro protege diretamente a partir da sua prática.

---

219 Ibid.
220 Ibid.
221 Ibid.
222 COUNSIL OF EUROPE. **Resolution (77) 31**. Disponível em: http://www.refworld.org/docid/5a4caf0a4.html. Acesso em: 15 nov. 2018, tradução nossa.
223 Ibid.
224 Ibid.

O último princípio, indicação de remédios, obriga a autoridade administrativa a mencionar as soluções normais contra o ato administrativo escrito que afete "negativamente os direitos, liberdades ou interesses da pessoa em causa"[225], bem como o período em que elas serão consideradas tempestivas.

O que se observa, na verdade, é que esses princípios efetivadores da uma boa administração são reciprocamente dependentes, ensejando uma interpretação conjunta, com fins a melhor assegurar a sua efetivação.

A sua importância decorre de estarem respaldados num amplo consenso obtido no Conselho da Europa "sobre os princípios fundamentais que devem orientar os procedimentos administrativos e, em particular, a necessidade de assegurar a equidade nas relações entre as autoridades individuais e administrativas"[226]. Portanto, pretendem dispor de um padrão mínimo a ser incrementado conforme desejem as entidades político-administrativas.

Ao contrário do acontecido no âmbito do Conselho da Europa, embora sob inspiração da sua prática e de suas recomendações aos seus Estados-membros, o artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia prevê expressamente o direito fundamental à boa administração, elevando o debate a outro patamar, porquanto cogente.

Uma das instituições que possuiu relevante papel na sua positivação foi o *Ombudsman*. Nesse sentido, aponta Nikos Vogiatzis (2018, p. 37) que o "Ombudsman Europeu recomendou a inclusão do direito à boa administração na Carta durante o momento da Convenção"[227].

Essa instituição foi criada "pelo Tratado de Maastricht e começou seu trabalho de supervisão em setembro de 1995"[228], incumbindo-lhe receber e examinar queixas, além de conduzir de ofício inquéritos sobre má administração nas atividades das autoridades europeias[229].

Assim, o *Ombudsman*, traduzido para o português de Portugal como Provedor de Justiça Europeu, tem relevante função na efetivação do direito fundamental à boa administração tal qual positivado na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a qual é dividida em preâmbulo e sete capítulos, respectivamente, os seguintes: dignidade, liberdades, igualdade, solidariedade, cidadania, justiça e disposições gerais.

Já no preâmbulo, é destacado que a União Europeia está fundada nos valores indivisíveis

---

225 Ibid.
226 Ibid.
227 VOGIATZIS, Nikos. **The European Ombudsman and Good Administration in the European Union**. Basingstoke: Palgrave Macmillan UK, 2018, p. 37, tradução nossa.
228 Ibid., p. 1.
229 Ibid., p. 1.

e universais da dignidade do ser humano, liberdade, igualdade e solidariedade. Em resumo, isso significa que os quatro primeiros capítulos da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia tratam dos referidos valores.

Além disso, esse documento afirma que ele é baseado nos princípios da democracia e do Estado de direito, correspondendo, respectivamente, aos capítulos quinto (cidadania) e sexto (justiça). Propõe, portanto, uma vinculação entre democracia e cidadania, de um lado, e, do outro, justiça e Estado de direito.

O direito fundamental à boa administração, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, está inserido no quinto capítulo, cidadania. Assim, pela sua forma de organização, já se pode perceber que enquanto dignidade do ser humano, liberdade, igualdade e solidariedade são os valores em comum a serem defendidos e possuem característica principalmente material, a democracia resguardada pelos direitos dos cidadãos e o Estado de direito protegido pela justiça possuem caráter instrumental. Sempre atento, entretanto, que o ser humano é o cerne da atuação da União Europeia.

Portanto, o direito fundamental à boa administração deve ser entendido como um dos mecanismos democráticos para assegurar a efetivação dos valores a serem defendidos pelos cidadãos, ou seja, todos aquelas que detenham a cidadania.

Desse modo, após o reconhecimento doutrinário de que houve no Brasil uma constitucionalização do direito por meio do reconhecimento de princípios e regras fundamentais que asseguraram ao direito, essencialmente deontológico, uma aproximação com o justo, ou seja, com o axiológico, foi verificado que o maior problema atualmente não consiste no reconhecimento da constitucionalidade do princípio da dignidade da pessoa humana ou de tantos outros, muito menos de sua força normativa vinculante, mas sim na busca pelos instrumentos aptos a torná-lo efetivo, ou seja, aplicar-lhe eficácia para além do direito.

Assim, o direito do cidadão à boa administração na União Europeia, entendido como um meio para a realização do valor em comum da dignidade do ser humano, ganha relevância para ser devidamente compreendido em uma análise de direito comparado como a presente. Juarez Freitas[230], nesse sentido, reconhece que o direito fundamental à boa administração pública é um "conceito enunciado em moldes brasileiros, sob a inspiração do art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice".

Portanto, o presente trabalho possui a mesma inspiração que o de Said Vakkas

---

[230] FREITAS, Juarez. **Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração**. Seqüência (Florianópolis), n. 70, p. 115-133, jun. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/seq/n70/0101-9562-seq-70-00115.pdf. Acesso em: 15. nov. 2018, p. 13

Gözlügöl[231], ou seja, objetiva "encorajar a reflexão sobre como melhorar a administração pública e com o objetivo último de colocar a dignidade humana em primeiro lugar e acima de tudo, tanto na teoria como na prática".

Isso não nega ou afasta a ideia de que para cumprir o direito fundamental à boa administração diversos princípios e regras devem ser considerados na análise, ao contrário. Como bem acentua Juarez Freitas[232], ele consiste em um "feixe de princípios e regras".

Nessa perspectiva, relacionado aos princípios que o compõem, há três qualidades principais previstas na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia que devem ser asseguradas pela administração da União Europeia para que sejam suas decisões consideradas adequadas ao direito fundamental à boa administração, quando estiverem tratando de assuntos pertinentes a quaisquer pessoas, a saber, ela deverá ser "imparcial, equitativa e num prazo razoável"[233], tudo isso nos termos do seu Art. 41, 1.

Importa analisar tal artigo à luz dos alcances pessoal, institucional e material, porquanto essa norma basilar representa o direito fundamental à boa administração na sua perspectiva mais genérica e abstrata possível.

Do ponto de vista do alcance pessoal, ainda que Bucura C. Mihaescu Evans[234] tenha criticado restrições específicas ao direito fundamental à boa administração tal qual formulado na Carta, pode-se afirmar com segurança que, em geral, suas disposições possuem o mais amplo alcance. Destaca-se, assim, que as decisões de todas as pessoas devem ser tratadas de "forma imparcial, equitativa e num prazo razoável"[235].

O alcance institucional inquestionavelmente foi restrito, já que mesmo as disposições mais genéricas constantes do Art. 41, 1, foram destinadas exclusivamente "às instituições e órgãos da União"[236], afastando, portanto, os estados-membros de sua incidência.

Diverge-se da interpretação de Bucura C. Mihaescu Evans acerca do alcance material do direito fundamental à boa administração na Carta de Direitos Fundamentais da União

---

231 GÖZLÜGÖL, Said Vakkas. **Human being dignity-based public administration**: the road to effective good governance. Isparta: The Journal of Faculty of Economics and Administrative Sciences, 2013. Disponível em: http://dergipark.gov.tr/download/article-file/194327. Acesso em: 27 out. 2018, p. 425, tradução nossa.

232 FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009, p. 13.

233 UNIÃO EUROPEIA. Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**, C326/02, 26 out. 2012. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:C2012/326/02&from=PT. Acesso em: 28 jul. 2018.

234 EVANS, Bucura C. Mihaescu. The right to good administration at the crossroads of the various sources of fundamental rights in the integrated administrative system. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2015. p. 472, tradução nossa.

235 UNIÃO EUROPEIA. op. cit.

236 Ibid.

Europeia. Segundo o referido autor, a literalidade do "Artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais sugere que esse direito é dirigido a cobrir a tomada de decisões em casos individuais, implicitamente excluindo as medidas gerais de sua aplicação"[237].

Entretanto, não há nenhuma limitação no sentido apontado pelo referido doutrinador, tanto é assim que as cortes europeias sem maiores problemas aplicam o direito fundamental à boa administração nas medidas individuais ou gerais.

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia[238], para além dessas previsões mais gerais e abstratas fundadas em princípios, previu também regras que devem ser observadas, algumas delas com especial destaque, especificamente as do Art. 41, 2. Importa analisá-las uma a uma.

Nesse sentido, ela estabeleceu o "direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente", nos termos do seu Art. 41, 2, a[239]. Essa regra está relacionada ao primeiro princípio instituído na Resolução (77) 31 do Conselho da Europa consistente no direito de ser ouvido.

Destoa das disposições gerais acerca do direito fundamental à boa administração a circunstância de que, do ponto de vista material, esse direito específico é destinado, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a medidas individuais, sem possibilidade de aplicação numa interpretação meramente literal a aplicações gerais, tais como aprovação de regulamentos.

Entretanto, uma construção interessante possível, ainda que não respeite uma interpretação literal do texto normativo, corresponde à necessidade de realizar audiências ou consultas públicas, além de ouvir associações, conselhos, ordens, tribunais etc. acerca de medidas de caráter geral. Ressalta-se, entretanto, que o direito previsto no Art. 41, 2, a destina-se a "medida individual"[240].

Além do direito de ser ouvido, a Carta de Direitos Fundamentais[241] previu o "direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial", nos moldes do Art. 41, 2, b.

Assim, embora a União Europeia tenha adotado uma opção mais ampla, tal regra está relacionada ao princípio do acesso à informação instituído no Conselho da Europa pela

---

[237] EVANS, op. cit., p. 473.
[238] UNIÃO EUROPEIA. op. cit.
[239] UNIÃO EUROPEIA, 2012.
[240] Ibid.
[241] Ibid.

Resolução (77) 31.

A diferença é que, na União Europeia, concede-se amplo acesso aos processos, ao passo que o Conselho da Europa apenas reconheceu a necessidade de informação prévia acerca dos fatores relevantes para a prática do ato prejudicial.

Igualmente à primeira das importantes regras decorrentes do direito fundamental à boa administração, o direito de acesso ao processo destoa das disposições gerais pela circunstância de que, do ponto de vista material, ele é destinado, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a medidas individuais, sem possibilidade de aplicação numa interpretação meramente literal a aplicações gerais, tais como obtenção de processos ou documentos de terceiros.

Há justificativa para isso, qual seja, o direito de acesso aos documentos com o escopo fiscalizatório está estabelecido no art. 42, da Carta, destinando-se exclusivamente aos seus cidadãos ou residentes, ou seja, possui, portanto, restrição no alcance pessoal.

Em suma, essas normas "seguem diferentes objetivos"[242]. O art. 41, 2, b, inserido no direito fundamental à boa administração, está "relacionado ao direito de defesa"[243], diferencia-se do Art. 42, o qual dirige-se a assegurar "a transparência do sistema e assim a natureza democrática da União Europeia"[244].

Por fim, a Carta de Direitos Fundamentais instituiu a "obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões" (Art. 41, 2, c). Essa destacada regra da União Europeia possui relação com o princípio da obrigação de declaração de motivos, o quarto enunciado na Resolução (77) 31 no âmbito do Conselho da Europa.

Enquanto naquela instituição era possível declarar as razões no ato administrativo ou comunicá-las ao interessado, na União Europeia, há a exigência de fundamentação, inovando e avançando, portanto, no que se refere a esse aspecto do direito fundamental à boa administração, que "constitui uma contramedida aos poderes discricionários da administração e um elemento complementar dos direitos de defesa"[245].

Afinal, a fundamentação dos atos administrativos consiste em "um elemento de conexão essencial entre os procedimentos administrativos e judiciais"[246], além de ser "um indispensável corolário ao direito a um efetivo remédio"[247].

O dever de fundamentação, aspecto do direito fundamental à boa administração, possui

---

[242] EVANS, 2015, p. 484.
[243] Ibid., p. 484.
[244] Ibid., p. 484.
[245] Ibid., p. 489.
[246] Ibid., p. 489.
[247] Ibid., p. 489.

o mesmo alcance pessoal (todas pessoas, inclusive, terceiros), material (procedimentos administrativos em geral, incluindo justificativas para prática de atos gerais, a exemplo de regulamentos) e institucional (apenas órgãos e entidades da União Europeia, não incluindo os estados-membros) das duas disposições mais gerais.

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia não se limitou a tal rol, estabeleceu outras regras de observância necessária para o cumprimento do direito fundamental à boa administração, embora de menor destaque. Curiosamente, a essas normas, não há correspondente na Resolução (77) 31 gestada no âmbito do Conselho da Europa.

De um lado, enunciou que todas "as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respetivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros" (Art. 41, 3).

Esse texto normativo assegura o direito à reparação dos danos, sendo uma norma jurídica já consagrada na União Europeia e nos seus estados-membros. Na verdade, há muito se abandonou a tese da irresponsabilidade das instituições.

Do outro, a Carta afirmou que todas "as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua" (Art. 41, 4).

Acerca do direito ao idioma como um subcomponente do direito fundamental à boa administração, importa destacar que, entre as línguas faladas na região, "apenas 24 têm um status privilegiado como idioma oficial da União Europeia"[248], entretanto, "há mais de 60 idiomas autóctones"[249].

A norma tal como positivada apenas protege os oficiais, nada mencionando acerca dos demais. Na realidade brasileira, qualquer questionamento referente a um possível direito ao idioma apenas interessa se envolver idiomas nativos não oficiais.

Embora seja certo que a União Europeia e o Estado Brasileiro hão de, na máxima medida possível, prover os direitos das pessoas que falam tais idiomas não oficiais, certo é que as consequências jurídicas haverão de ser temperadas com os custos da sua promoção.

---

[248] EVANS, 2015, p. 494.
[249] Ibid., p. 494.

3.2 Jurisprudência e Direito Fundamental à Boa Administração

Embora não tenha sido a ênfase nem o objetivo dos estudos de Catherine Dupré, que se limitou a sustentar a existência de camadas destinadas à proteção da dignidade humana em nível de Conselho da Europa, da União Europeia e dos seus estados-membros, sustenta-se a viabilidade de incluir os debates de direitos humanos numa perspectiva mais ampla, por meio da existência de princípios gerais do direito a serem construídos pela jurisprudência dos diversos tribunais.

Portanto, se para Catherine Dupré equilibrar os destacados três níveis (Conselho da Europa, União Europeia e Estados-Membros) constitui forma "mais eficaz de salvaguardar a democracia e os direitos humanos, porque buscar um equilíbrio entre três tipos de soberania promove, sem dúvida, um sistema mais efetivo de freios e contrapesos"[250], há de se reconhecer que esse debate acerca do direito fundamental à boa administração como instrumento de concretização da dignidade humana pode enriquecer o direito brasileiro.

Propõe-se, assim, uma nova teoria do direito administrativo à luz do direito fundamental à boa administração, que "permanece hoje como um pilar do sistema administrativo integrado da União Europeia"[251], sendo que "constitui de fato um particularmente importante direito na ordem legal da União Europeia"[252].

Uma de suas mais relevantes contribuições para o direito é que ele "representa um contrapeso aos poderes discricionários da administração"[253]. Na verdade, tal perspectiva será ainda aprofundada ao tratar da perspectiva brasileiro, pois houve aqui desenvolvimentos interessantes nesse ponto.

A principal qualidade da construção jurisprudencial desse direito, tal qual de outros princípios gerais, consiste em ser "privilegiado instrumento para trocas interativas entre os níveis europeus e nacional, garantindo a continuidade ideológica"[254].

Inclusive, a melhor forma de explicar no direito brasileiro no que consistem os chamados "general principles of law" traduzido como princípios gerais do direito neste trabalho e nos dos demais autores brasileiros é justamente pela equiparação aos chamados princípios implícitos. Afinal, eles são construídos jurisprudencialmente e contrapõem-se àqueles específicos previstos na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

---

[250] DUPRÉ, 2015, p. 7.
[251] EVANS, 2015, p. 469.
[252] Ibid., p. 469.
[253] Ibid., p. 469.
[254] Ibid., p. 470.

Uma análise que se impõe é verificar como a jurisprudência vem aplicando o direito fundamental à boa administração, comparando com a crítica que lhe dirige a doutrina que sustenta a imposição de sua natureza de princípio geral do direito.

Acerca do seu alcance material, o qual consiste na possibilidade de esse direito incidir sobre atos meramente regidos pelo direito administrativo ou tantos outros, a exemplo dos atos de governo, a jurisprudência reconheceu "a aplicabilidade do princípio geral da boa administração no contexto das medidas executivas de aplicação geral"[255], independentemente do ramo do direito em que a decisão se insira.

Entretanto, Bucura C. Mihaescu Evans entendeu que o direito fundamento à boa administração "é para ser respeitado nos procedimentos administrativos"[256], ou seja, "é um princípio específico do procedimento administrativo e não deve ser alargado às medidas de aplicação geral"[257].

O presente trabalho analisará os reflexos do direito fundamental à boa administração dentro do regime jurídico aplicável às empresas estatais, geralmente, analisado dentro das disciplinas direito administrativo e econômico. Nesse sentido, o alcance material seja ele amplo ou restrito não prejudicará os objetivos estabelecidos.

Entende-se, contudo, que o acerto está com as decisões jurisprudenciais, porquanto o direito fundamental à boa administração é apto a limitar a discricionariedade do administrador público em especial, mas nada impede que essa noção seja utilizada para evitar arbitrariedades em outros campos do direito, não apenas o administrativo, até porque os princípios constitucionais possuem efeito irradiante por todo o ordenamento jurídico.

Mesmo atos de governo, na hipótese de violadores do direito à boa administração pública, não podem prosperar, já que a Constituição é norma jurídica de mais elevada normatividade, a todos vinculando, embora se reconheça a existência do "direito fundamental ao governo honesto"[258] como princípio mais adequado a justificar uma reformulação da discricionariedade política e, especialmente à luz da lei da ficha limpa, do direito eleitoral.

O alcance pessoal do direito fundamental à boa administração, na perspectiva de princípio geral do direito construído pela jurisprudência, é o mais amplo possível, já que é comumente interpretado como "sendo direcionado a "toda pessoa" independentemente de sua nacionalidade ou residência e sem consideração sobre ser o destinatário da medida"[259].

---

255 EVANS, 2015, p. 473.
256 Ibid., p. 472.
257 Ibid., p. 473.
258 SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016, p. 67.
259 EVANS, op. cit., p. 472.

Do ponto de vista da aplicação do direito fundamental à boa administração pelos tribunais europeus, o amplo alcance pessoal não é questionado, sendo, inclusive, a preferência da doutrina acerca do assunto.

Por fim, ainda limitado à análise do direito fundamental à boa administração enquanto princípio geral do direito, o alcance institucional consiste em quais autoridades administrativas são vinculadas a ele.

Embora não haja controvérsia de que ele não incide na atividade jurisprudencial, ainda que incida integralmente na atuação administrativa daquelas autoridades, há dúvidas sobre se seu campo de validade envolve apenas os órgãos internacionais que tenham disposto sobre eles ou se há possibilidade de exigir seu cumprimento por entidades dos Estados-membro.

Na sua construção enquanto princípio geral do direito, sustenta-se a mesma opinião de Bucura C. Mihaescu Evans[260], para quem "o direito à boa administração é também endereçado ao Estados-Membros da União Europeia".

Essa afirmação é relevante porque, embora a doutrina sustente a necessidade de os tribunais aplicarem o princípio geral da boa administração como sendo endereçado a todas autoridades administrativas, a União Europeia por meio de sua carta positivada restringiu sua incidência àquelas da União.

Por ora, importa analisar alguns casos para melhor demonstrar o entendimento dos tribunais a nível europeu sobre o direito fundamental à boa administração, especialmente, seu alcance material e institucional.

O primeiro caso a ser analisado se refere ao processo entre a República Francesa e a Monsanto Company, no qual se discutia sobre a inclusão do hormônio de crescimento somatotropina bovina recombinante no rol de medicamentos veterinários que não estão sujeitos a limites máximos de resíduos, ainda que houvesse uma moratória até 31 de dezembro de 1999 para a sua introdução no mercado[261].

Administrativamente, os peritos, mesmo não constatando a necessidade da moratória ou sequer da existência de limites máximos desse medicamento veterinário, concluíram pela impossibilidade de liberação em virtude da existência da norma jurídica que previa referida proibição temporária.

---

[260] EVANS, 2015, p. 474.

[261] UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 8 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=815C48CCDFDBAFB2B03DAC4B179B821A?text=&docid=46993&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=809337dsf. Acesso em: 22. nov. 2018.

Em resumo, mesmo tendo afirmado a segurança da substância, não prosseguiram com o rito procedimental de inclusão no rol de medicamentos veterinários administrados a animais com fins de produção de alimentos, especificamente, aquela lista reservada às substâncias não sujeitas a limites máximos de resíduos. Tal decisão foi justificada em razão do vigor de uma normatização que previa a moratória.

Nessa ação, o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, que possuía tal designação até o Tratado de Lisboa passar a intitulá-lo Tribunal Geral da União Europeia, decidiu por anular a decisão dos peritos, já que a mera inclusão no rol de substâncias não sujeitas a limites máximos de resíduos não alterava a moratória, ou seja, não implicava possibilidade de comercialização imediata.

Ocorre que a República Francesa, inconformada com a decisão, recorreu ao Tribunal de Justiça da União Europeia solicitando a sua anulação, o que foi obtido, ainda que por razões diversas.

Em seu acórdão, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que não houve nessa conduta dos peritos nenhuma irregularidade, ao contrário, diante de um procedimento rigoroso que deveria ser instaurado para inclusão da substância no anexo, optou-se pelo indeferimento em decorrência da existência de uma proibição de comercialização. Portanto, respeitou-se integralmente o direito fundamental à boa administração e o dever de diligência no caso.

Em outros dois processos julgados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia[262], Alliance for Natural Health e Nutri-Link Ltd (Processo C-154/04) e National Association of Health Stores e Health Food Manufacturers Ltd (Processo C-155/04) questionaram o procedimento de inclusão de substâncias em uma lista positiva de vitaminas e minerais normalmente presentes e consumidos em um regime alimentar.

Esse rol inicialmente estabelecido já havia sido objeto de uma investigação científica a constatar a conformidade das substâncias nele previsto com os critérios de inocuidade e disponibilidade para a absorção pelo organismo.

Ocorre que, em sentido oposto, outros tantos suplementos de utilização pretendida por diversas empresas não estavam desde já autorizados, ao contrário, demandavam acompanhamento da evolução científica e tecnológica. Portanto, confirmou-se ser importante que a lista positiva fosse revista, sempre que necessário, em um procedimento, com maior

---

[262] UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 12 de julho de 2005**. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=60405&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=810027. Acesso em: 22. nov. 2018.

celeridade possível.

Nessa linha, entendeu o Tribunal de Justiça da União Europeia[263] que a aplicação do referido procedimento pressupõe adotar e fazer "acessíveis às partes interessadas, em conformidade com o princípio da boa administração, as medidas necessárias para assegurar, de uma maneira geral, a transparência e o carácter razoável" de sua duração, legitimando as exigências, entretanto.

Assim, desses dois primeiros casos, pode-se perceber que o direito fundamental à boa administração é aplicável tanto a medidas administrativas em sentido estrito, quanto executivas de âmbito geral, a exemplo de procedimentos tendentes a reformular normas regulamentares.

Além disso, pode-se já perceber dos casos trazidos que a discricionariedade política e administrativa resta restringida, em decorrência da necessidade de observância não apenas das regras jurídicas, mas também dos princípios, entendidos esses enquanto mandamentos de otimização.

Por fim, apontam dois aspectos do conteúdo do direito fundamental à boa administrativa no âmbito europeu, a saber, transparência e duração razoável dos processos e procedimentos.

Antes de concluir o presente subtópico, há ainda de ser analisado julgado representativo de jurisprudência acerca da limitação institucional do direito fundamental à boa administração, a qual anui com o positivado na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia sem vislumbrar a necessidade de construção de um princípio geral do direito para além do expressamente previsto no documento aprovado.

Critica-se, portanto, tal posicionamento das cortes por se entender que a construção enquanto princípio geral do direito do direito fundamental da boa administração deve acontecer por meio do mais amplo possível alcance institucional. Concorda-se, assim, com a opinião de Bucura C. Mihaescu Evans[264].

Ilustrativo da crítica feita à jurisprudência dos tribunais europeus é o caso "que opõe T. Cicala à Regione Siciliana a respeito de uma decisão que prevê a redução do montante da pensão de T. Cicala e a recuperação dos montantes pagos nos períodos vencidos"[265].

"Através de uma nota datada de 1997, a Regione Siciliana informou a interessada"[266]

---

263 UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 12 de julho de 2005**. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=60405&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=810027. Acesso em: 22. nov. 2018.

264 EVANS, 2015, p. 473-474.

265 UNIÃO EUROPEIA, 2005.

266 Ibid.

dessa situação, mas ela alegou "uma total falta de fundamentação do ato, a qual não permitia, nomeadamente, determinar os elementos de fato e de direito que justificavam"[267] a medida restritiva, requerendo, portanto, a sua anulação.

A corte local entendeu que havia sido suficientemente fundamentado o ato, além do que a lei permitia que uma decisão hipoteticamente nula fosse mantida, quando fosse "manifesto que o seu dispositivo não poderia ter sido diferente do que foi adotado na realidade"[268], possibilitando a manutenção do ato administrativo.

O Tribunal de Justiça, por meio da terceira seção, declarou que inexiste qualquer motivo para se afirmar a sua competência, já que os debates deveriam ser travados acerca do dever de fundamentação conforme as normas italianas, não sendo aplicáveis no caso as europeias, afastando a incidência do Art. 41, número 2, alínea c, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Há de se destacar, entretanto, que, se por um viés de interpretação principiológica a construção de um direito fundamental à boa administração como princípio geral do direito decorrente da dignidade da pessoa humana é uma medida que se impõe, há de se reconhecer que politicamente tal ativismo judicial poderia dificultar a própria existência de uma União Europeia.

Mesmo a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, há de se ter consciência, não pode realizar determinadas interpretações de sua Constituição, sob pena de a sociedade colocar em questão o documento fundador do país. Nesse sentido, se todo tribunal possui um pouco de corte internacional ou arbitral, muito mais cautela os tribunais europeus devem apresentar.

3.3 Princípios Formadores do Direito Fundamental à Boa Administração e sua Relação com o *Compliance*

A partir de uma certa concepção do direito fundamental à boa administração, Said Vakkas Gözlügöl (2013, p. 438) afirmou caber ao Estado "ampliar sua competência de governança de maneira dinâmica para proporcionar a todos o direito a uma boa governança eficaz e responsável dentro de sua jurisdição".

Nesse sentido, apontou alguns requisitos para considerar que uma administração segue uma boa governança, a saber: transparência, responsabilização e participação dos cidadãos[269].

---

[267] Ibid.
[268] Ibid.
[269] GÖZLÜGÖL, 2013, p. 424 e 438.

Sentenciou, ainda, que a "boa governança baseada nos princípios fundamentais acima citados não é questão de escolha ou de vontade, mas uma necessidade absoluta para governos obrigados a proteger e promover os direitos humanos e as liberdades fundamentais"[270].

O primeiro deles, a transparência, consiste em possibilitar que as pessoas estejam devidamente cientes sobre o "que as autoridades estão fazendo por elas e como as medidas serão implementadas, e quais são seus custos e benefícios. Elas também devem ser capazes de saber como e quando podem desempenhar um papel, caso necessário"[271].

A transparência é "um dos mais importantes pré-requisitos da boa governança"[272], pois, por meio de uma transparência efetiva, "a maioria dos obstáculos à boa governança eficaz pode ser ultrapassada"[273], afinal, o acesso propiciado ao público e à mídia de processos administrativos nos quais constem as razões das decisões adotadas implica tanto o receio da exposição quanto o efetivo controle social.

Na verdade, como se verificará, os três princípios acima indicados estão dialeticamente relacionados. Não há como imaginar participação dos cidadãos sem transparência, os quais influenciarão na responsabilização dos infratores.

Inclusive, a relação mais próxima entre a transparência e a participação dos cidadãos foi destacada por Said Vakkas Gözlügöl ao afirmar que a "qualidade da transparência na administração pública depende consideravelmente da participação qualificada dos cidadãos"[274].

De um lado, ela previne corrupção e abuso de poder, além de possibilitar que tais ações ou omissões sejam notificadas[275], ou seja, é um mecanismo para dificultar e reprimir a atuação do administrador cordial. De outro, é um princípio com a nota da relatividade, logo, em certas circunstâncias, cede espaço ao sigilo, a exemplo da segurança e defesa nacional, investigação de crimes, competição comercial, proteção de informações privadas[276].

Na legislação brasileira, está bem especificado que a regra é o acesso à informação, a transparência mais ampla possível, a qual só sofrerá limitação nas hipóteses previstas, sendo o tema regulado em âmbito federal pela Lei n. 12.527/11.

No art. 22 da Lei n. 12.527/11, possibilita-se o sigilo e o segredo de justiça e industrial, mesmo na hipótese de utilização de recursos públicos. Por outro lado, o Art. 23, da mencionada

---

[270] Ibid., p. 438.
[271] Ibid., p. 431.
[272] Ibid., p. 431.
[273] Ibid., p. 432.
[274] Ibid., p. 431.
[275] Ibid., p. 432.
[276] GÖZLÜGÖL, 2013, p. 432.

lei, prevê situações de restrição ao acesso à informação decorrentes da imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, instituindo as categorias ultrassecreta para duração de 25 (vinte e cinco) anos, secreta para 15 (quinze) anos, e reservada por 5 (cinco).

Por fim, as "informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos [...]"[277], como determinado pelo art. 31, parágrafo primeiro, inciso I, da Lei n. 12.527/11.

Portanto, o acesso à informação não pode ser absoluto, há de respeitar realmente algumas balizas e a doutrina acerca do princípio da transparência não destoa do marco legal brasileiro sobre a matéria, a saber, a Lei n. 12.527/11.

O segundo princípio trazido por Said Vakkas Gözlügöl sobre a governança foi o da responsabilização, pela qual entendeu que há de haver "clareza e certeza adequadas na distribuição de papéis, tarefas e processos públicos na forma de separação de poderes, mesmo entre diferentes seções da administração pública"[278].

Sustenta-se, assim, que as entidades e órgãos apenas assegurarão a responsabilização dos administradores cordiais em situações de serem organizados sob a ótica dos controles recíprocos decorrentes da divisão de tarefas.

Exemplifica-se, uma pessoa solicita dada contratação, expondo os termos em que entende ser necessária. Nessa circunstância, outra deverá autorizar a compra, uma terceira a realizará, uma quarta conferirá se o bem recebido corresponde com o adquirido, uma quinta realizará o pagamento.

Portanto, a segregação de funções possibilita a limitação de poder, aumentando o grau de responsabilização dos envolvidos. Sem dúvidas, esse princípio também está relacionado à transparência, afinal, essa inclusão de diversas pessoas em um mesmo procedimento busca justamente que haja mais envolvidos na análise da sua regularidade. Como destacado, os princípios apontados de governança são interconectados.

Por fim, há a participação dos cidadãos, a qual como já destacado demanda uma efetiva transparência para que seja possível a sua existência. Geralmente, entende-se que consiste em "uma comunicação interactiva entre cidadãos e funcionários públicos [...] nos processos

---

277 BRASIL. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm. Acesso em: 7 dez. 2018.

278 GÖZLÜGÖL, op. cit., p. 432.

administrativos de tomada de decisão e implementação"[279].

Há diversas formas de estimular a sua participação. Por exemplo, canais de comunicação desburocratizados podem ser abertos, tais como perfis em redes sociais, e-mails, página fale conosco no site oficial. Além disso, informação de telefones, mecanismos de denúncia à ouvidoria. Importante ainda a administração pública realizar consultas ou audiências públicas previamente a decisões relevantes.

Em sentido similar, G. H. Addink[280], ao realizar um estudo exploratório da utilização pela União Europeia e Estados-Membros do direito fundamental à boa administração, concluiu que encontrou seis princípios necessário a uma boa governança, a saber: "correção e direitos humanos; transparência e participação; e finalmente efetividade e responsabilização".

Importa destacar que ele entende que o principal objetivo da formulação original do direito à boa governança foi promover o Estado de direito e a democracia, combatendo "a má administração em diferentes níveis administrativos"[281], sendo que, no "contexto da União Europeia, o termo boa administração é utilizado em vez de boa governança"[282].

Entretanto, em suas pesquisas, ele propõe uma nova análise. Ele faz "uma distinção entre três dimensões de boa governança: Estado de direito, democracia, e instituições"[283].

A primeira dimensão, a do Estado de direito, demanda os princípios da correção e direitos humanos. Esse debate não está de todo destoante do trazido por Said Vakkas Gözlügöl, já que ele apontava que a dignidade da pessoa humana e os seus direitos justificavam a existência e a formulação de um direito fundamental à boa administração.

Por outro lado, a dimensão democrática é a responsável por exigir os princípios da transparência e participação, ambos já analisados na doutrina de Said Vakkas Gözlügöl, já que são por ele destacados.

Por fim, a dimensão institucional está relacionada aos princípios da efetividade e responsabilização, o que é de todo coerente, já que apenas por meio da reformulação das instituições será possível concretizá-los. Na verdade, ela é "o grupo de valores institucionais e constitucionais modernos".

---

279 GÖZLÜGÖL, 2013, p. 433.

280 ADDINK, G. H. **Good governance in the EU member states**: a comparative, interdisciplinary study on the interpretation and application of good governance in the EU member states and in the different functions of the government bodies. 2015. Disponível em: https://www.ris.uu.nl/ws/files/18826324/final_version_september_2015.pdf. Acesso em: 28 jul. 2018, p. 7, tradução nossa.

281 Ibid., p. 11.

282 Ibid., p. 11.

283 ADDINK, 2015, p. 133.

Assim, G. H. Addink[284] conclui que os "princípios relacionados com o estado de direito são correção e direitos humanos, os com a democracia são a transparência e a participação e os dos valores modernos a eficácia e a responsabilização".

Em seu amplo estudo sobre o direito dos estados-membros da União Europeia, concluiu que, em geral, "em todos os países o conceito de boa governança, por meio de seus princípios, é conhecido e aplicado"[285]. Assim, em todas essas instâncias político-administrativas, encontrou "as três dimensões dos princípios de boa governação: Estado de direito, democracia e instituições"[286].

Importa destacar que ele anui com Said Vakkas Gözlügöl no sentido de indicar que esses "princípios estão interligados na teoria de muitas maneiras diferentes"[287].

Analisadas as dimensões e os princípios do direito fundamental à boa administração tal qual exposto sinteticamente por G. H. Addink, incumbe verificar a sua aptidão para prevenir ou reprimir a atuação do administrador cordial, ainda que parcialmente.

Nesse sentido, importa destacar primeiro a distinção entre governança, conceito mais amplo, e integridade, conformidade e *compliance*, o qual "inclui alguns princípios de boa governança: correção, responsabilização, transparência ou, por vezes, direitos humanos"[288].

Entretanto, a boa governança envolve também a participação dos cidadãos e uma ampla análise dos direitos humanos. Assim, constata-se "que as normas de integridade podem fazer parte dos princípios de boa governança"[289], os quais são mais amplos. Na verdade, uma pequena correção merece a sua doutrina, qual seja, na verdade, o compliance deve integrar a boa administração necessariamente, especialmente, considerando que todos os subprincípios indicados são

Até mesmo por essa vinculação apontada em estudos entre *compliance* e o direito fundamental à boa administração, termo preferido no contexto europeu em substituição à boa governança, há de se reconhecer a aptidão dos institutos para afastar diversos comportamentos indesejados, a saber, corrupção, favorecimentos personalistas, fraudes, usos impróprios da autoridade, desperdício e mau uso de recursos públicos, mau uso ou manipulação da informação[290]. Em resumo, por tudo isso, são excelentes instrumentos para prevenir e reprimir

---

[284] Ibid, p. 7.
[285] Ibid., p. 134.
[286] Ibid., p. 134.
[287] Ibid., p. 28.
[288] ADDINK, 2015, p. 32.
[289] Ibid., p. 32.
[290] Ibid., p. 34.

o administrador cordial, devendo atuar conjuntamente.

4 PRINCIPAIS ASPECTOS DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO COM REPERCUSSÃO NO *COMPLIANCE*

4.1 Releitura da Discricionariedade entre as Racionalidades Democrática e Técnica

Feita uma análise do direito fundamental à boa administração no contexto especialmente estrangeiro no tópico anterior, importa agora elucidar algumas questões relevantes, que permeiam a doutrina e a jurisprudência brasileira, ainda que se admita a sua relação com os debates travados na Europa.

Uma das consequências da adoção do direito fundamental à boa administração nas instituições internacionais analisadas no tópico anterior, Conselho da Europa e União Europeia, é a crítica à discricionariedade administrativa.

Sustentou a doutrina estrangeira a construção de um princípio geral do direito fundamental à boa administração a incidir mesmo nos estados-membros da União Europeia que não o positivaram, não apenas no âmbito do Conselho da Europa e da União Europeia.

Entretanto, diante dos debates desenvolvidos na doutrina brasileira diretamente decorrentes de teóricos do Direito, neste subtópico, será desenvolvida a crítica à discricionariedade realizada aqui, buscando relacioná-la ou fazer sua releitura à luz do direito fundamental à boa administração.

Não raro, administradores públicos adotam políticas públicas e praticam atos de gestão antieconômicos. Algumas vezes, eles o realizam sem o devido apoio de profissionais experientes e especializados em suas respectivas áreas, agindo respaldados nas suas crenças pessoais. Por vezes, contrariam injustificadamente opiniões conferidas por técnicos.

Tal circunstância poderia, à luz do direito fundamental à boa administração, seguir a racionalidade democrática, mas também não é essa a realidade encontrada. Não realizam consultas populares, pesquisas de opinião. O argumento da discricionariedade prevalece.

Diante da atual perspectiva democrática do direito, de um lado, e do desenvolvimento das ciências, por outro, essas decisões que desperdiçam recursos públicos não podem ser consideradas constitucionais.

Um dos principais autores a tecer uma crítica contundente contra a discricionariedade foi Ronald Dworkin[291]. Naquele momento, ele demonstrou como os julgadores não possuem

---

[291] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF

uma discricionariedade em sentido forte, entendida essa como uma ampla e irrestrita liberdade do aplicador após esgotados os parâmetros jurídicos formalizados em termos de regras.

No máximo, poder-se-ia argumentar possuírem discricionariedade no sentido fraco, ou seja, possibilidade de juízes decidirem diferentemente, mesmo ambos sendo bem capacitados. Em resumo, ela acontece quando, "por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar. Usamos este sentido fraco quando o contexto não é por si só esclarecedor [...]"[292].

Assim, mesmo na hipótese de o texto normativo estabelecer uma relativa indeterminação, não há mais espaço para considerar que o aplicador poderá decidir discricionariamente no sentido forte as consequências jurídicas, porque deverá fazê-lo com base nos princípios. Nesse sentido, a crítica empreendida por Gustavo Binenbojm[293] especificamente na seara administrativista ganha relevância por alguns motivos.

Primeiro, as origens do reconhecimento do poder discricionário do administrador público demonstram sua relação estreita com o absolutismo, não encontrando mais respaldo em uma Constituição democrática, cidadã, especialmente, se ela prevê a incorporação de cânones éticos ao direito na forma de princípios jurídicos. Afinal, a "palavra *discricionariedade* tem sua origem no antigo Estado europeu dos séculos XVI a XVIII, quando expressava a soberania decisória do monarca absoluto (*voluntas regis suprema lex*)"[294].

Segundo, "abandona-se a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, passando-se a um sistema de graus de vinculação à juridicidade"[295], a depender da norma jurídica aplicável ao caso, consoante a seguinte classificação, ordenada "em uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa"[296]:

> a) atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares);
> b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares);
> c) atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares).

Portanto, nessas circunstâncias em que supostamente há discricionariedade, na verdade, o administrador público precisa julgar com base nas normas jurídicas aplicáveis ao caso. E, obviamente, para atingir a adequada interpretação delas, deverá procurar suporte nos postulados

---

Martins Fontes, 2010, p. 55.

[292] Ibid., p. 51.

[293] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

[294] Ibid., p. 207.

[295] Ibid., p. 25.

[296] Ibid., p. 221.

do pensamento humano, na busca de uma racionalidade democrática e no conhecimento técnico-científico, com fins a eleger os melhores meios para a concretização do direito, no que o direito fundamental à boa administração pública em moldes similares aos aplicáveis na União Europeia pode muito bem ajudar.

Não se pretende com esse argumento defender uma incorporação acrítica das soluções encontradas no estrangeiro, especialmente, na União Europeia, objeto de estudo no tópico anterior. Como diz Said Vakkas Gözlügöl[297], "os meios e modos de superar esses obstáculos devem ser concebidos em uma base específica do país de uma maneira receptiva às boas práticas e realizações da comunidade internacional e a partir de estudos empíricos".

Em síntese, as soluções encontradas pelos estados europeus para tornar efetiva a consubstanciação da dignidade da pessoa humana por meio do direito fundamental à boa administração tanto nas perspectivas teórica e prática interessam ao direito brasileiro.

Afinal, é momento de se admitir que a constitucionalização do direito aconteceu até então prevalentemente sob o aspecto formal, ensejando, para resolver tal questão, o reconhecimento de que os meios também constituem núcleo do dever-ser, pois sem uma boa destinação e aplicação dos recursos públicos, consoante uma análise adequada, os fundamentos da República Federativa do Brasil permanecerão sem eficácia.

Portanto, as soluções encontradas em outros países, ainda que não sejam milagrosas e por vezes demandem checagem da adequação ou adaptações às especificidades locais, são inegavelmente um ponto de partida.

Não se pode olvidar, países europeus estão longe de serem perfeitos, também eles sofrem com personalismo, cordialidade, patrimonialismo, jeitinhos e, consequentemente, com corrupção, paraísos fiscais, lavagem de dinheiro. Há de se reconhecer, entretanto, as instituições estão funcionando melhor nos países daquele continente na prevenção e repressão do administrador cordial, motivo pelo qual o estudo de direito comparado se justifica.

Ainda que a constitucionalização simbólica e o constitucionalismo brasileiro tardio sejam estudos empreendidos por pensadores deste país, respectivamente, Marcelo Neves[298] e Manoel Jorge e Silva Neto[299], há de se ressaltar, eles já reconheceram que também são realidades que incidem em outros países, inclusive, desenvolvidos.

Além disso, mesmo o italiano Norberto Bobbio[300] denunciou que, em plena era dos

---

297 GÖZLÜGÖL, 2013, p. 425.
298 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
299 SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016, p. 23.
300 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9.

direitos, persistem cidadãos integrantes da classe social dos sem direito, o que enseja debates especialmente sobre os mecanismos para concretizá-los, mais do que teorizar acerca deles.

Nessa linha, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia traz expressamente o direito fundamental à boa administração, o qual possibilita afirmar que a "discricionariedade precisa estar vinculada às prioridades constitucionais de larga escala"[301], pois, "quando o administrador público age de modo inteiramente livre, assume ilícita atitude senhorial e patrimonialista"[302].

No Brasil, consoante já se explicou, inexiste disposição explícita acerca do direito fundamental à boa administração, situação diversa do que acontece no continente europeu. Esse direito é, assim, construído doutrinariamente a partir de sua correlação com a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Importa agora verificar em que medida o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Tribunal de Contas da União reconhecem a existência de um direito fundamental à boa administração nos casos que lhe são direcionados, especialmente, com esse viés de restrição da discricionariedade administrativa.

Em 9 de agosto de 2013, o Ministro Celso de Mello decidiu indeferir a medida cautelar na Reclamação n. 16058 proveniente do Rio Grande do Sul (RS), cujo pleito consistia no reconhecimento da impossibilidade de a administração pública responder subsidiariamente ou solidariamente em matéria de licitação e fiscalização de contratos de prestação de serviços terceirizados, com fundamento em suposto precedente da Suprema Corte.

Na verdade, a questão era que na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF o Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou a constitucionalidade do Art. 71, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.666/93, segundo o qual a "inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento [...]"[303].

O argumento prevalecente, entretanto, foi que a mera ausência de pagamentos pelo contratado dos seus deveres para com seus empregados não implicava a transferência "consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da

---

301 FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014, p. 13.

302 Ibid., p. 13.

303 BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 10. jan. 2018.

execução do contrato, à administração"[304].

O Ministro Celso de Mello[305] entendeu, assim, ser dever do administrador observar o direito fundamental à boa administração implicitamente existente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que dele decorre o princípio da prevenção, segundo o qual não se admite juízo de oportunidade e conveniência fruto de uma suposta discricionariedade diante de um dever de evitar dano certo como no referido caso, citando expressamente a doutrina de Juarez Freitas.

Afinal, uma "empresa sem patrimônio próprio que concorre em uma licitação por menor preço, exigindo valores inferiores àqueles necessários ao cumprimento de suas obrigações fiscais e trabalhistas não tem como resistir ao mercado"[306].

A necessidade, portanto, de observar o princípio da prevenção, inserido no conteúdo jurídico-normativo do direito fundamental à boa administração, impõe restrições à discricionariedade para além das regras existentes, nos termos do analisado precedente.

Outro caso julgado foi a utilização do direito fundamental à boa administração com a finalidade de justificar a existência de dano moral *in re ipsa* decorrente do desrespeito ao princípio da eficiência pela administração pública que ajuizou inúmeras execuções fiscais contra o proprietário de um imóvel adquirido em arrematação judicial por débitos anteriores à aquisição, ou seja, exigiu-se "débito de IPTU que não era de sua responsabilidade, pois referentes a período anterior à arrematação em hasta pública do bem pelos demandantes"[307].

Em resumo, no Agravo em Recurso Extraordinário n. 721364/RS, entendeu-se a administração pública violar o direito fundamental à boa Administração na hipótese de olvidar "o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CF), ao deixar de adotar um eficiente dever de diligência na correta identificação do devedor do tributo municipal"[308].

Noutro giro, o Tribunal de Contas da União (TCU) já se valeu também da existência do direito fundamental à boa administração para considerar irregular contrato e licitação realizada por gestor público que não observou manifestação prévia dos órgãos técnicos e jurídicos em

---

304 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade n. 16/DF**. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Brasília, 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADC%24%2ESCLA%2E+E+16%2ENUME%2E%29+OU+%28ADC%2EACMS%2E+ADJ2+16%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cg7z2oc. Acesso em: 7 dez. 2018.

305 BRASIL. **Reclamação n. 16058/RS**. Disponível: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23942889/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-16058-rs-stf. Acesso em: 16 nov. 2018.

306 Ibid.

307 BRASIL. **Agravo em Recurso Extraordinário n. 721364/RS**. Disponível: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22673883/recurso-extraordinario-com-agravo-are-721364-rs-stf. Acesso em: 16 nov. 2018

308 Ibid.

outro processo, autorizando publicação de edital com vícios similares.

Inclusive, foi destacado que não havia indícios no "processo de que houve dano ao erário decorrente de sobrepreço ou superfaturamento"[309]. Constatou-se, entretanto, a existência de "irregularidades relativas à inobservância dos diplomas legais que regulam as licitações e os contratos em que participam a Administração Pública"[310].

O argumento central para a investigação dos fatos e julgamento pelo Tribunal de Contas da União (TCU), assim como, para apontar as irregularidades trazidas foi a necessidade de a administração pública agir de acordo com o princípio precaução, uma das facetas do direito fundamental à boa administração, afinal, confirmou-se processualmente que "o agente deixou de agir com a precaução que se espera de um gestor público para impedir a reprodução em certame seguinte de irregularidades verificadas em instrumento convocatório anterior"[311].

Entendeu, desse modo, o referido tribunal inexistir discricionariedade administrativa na hipótese de o próprio gestor público em procedimento licitatório similar já ter conduta equivalente sob apuração pretérita ou concomitante, servindo o princípio da precaução, componente do direito fundamental à boa administração, para limitá-la.

Nos casos trazidos, foram utilizados especialmente os princípios jurídicos para limitar a discricionariedade administrativa, entretanto, outras propostas ainda não efetivadas na mesma medida devem ser consideradas também. Como verificado na presente pesquisa, as racionalidades técnica e democrática devem ser inseridas na argumentação administrativa.

Uma das instituições mais relevantes da União Europeia para realizar tal tarefa de combate ao administrador cordial especialmente por meio de uma articulação das demandas concretas dos cidadãos com os órgãos democraticamente eleitos é o *Ombudsman* Europeu, traduzido para o português de Portugal em Provedor de Justiça Europeu, sendo possível adotar, portanto, qualquer das nomenclaturas, além de Ouvidor Europeu.

4.2 Direito Fundamental à Boa Administração e o *Ombudsman* Europeu: uma possível proposta para o brasil?

Relacionado ao direito fundamental à boa administração na União Europeia está a criação do Provedor de Justiça Europeu, *ombudsman*, com atribuição para recebimento de

---

309 BRASIL. **Representação n. 02722720146**. Disponível em: https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574055624/representacao-repr-rp-2722720146/voto-574055772. Acesso em: 16 nov. 2018.

310 Ibid.

311 Ibid.

petição relacionada a casos de má administração das instituições, órgãos ou organismos da União formulada por qualquer de seus cidadãos ou pessoa singular ou coletiva com residência ou sede social num Estado-Membro, excetuando de sua incidência o Tribunal de Justiça da União Europeia no exercício das respetivas funções jurisdicionais.

Duas perspectivas de direito comparado são possíveis acerca da existência de um Provedor de Justiça nos moldes de um *ombudsman* no direito brasileiro. Uma leitura propõe que se analise as funções exercidas pelo órgão. Nesse caso, a inclusão do Ministério Público está para além de qualquer dúvida, mas também a Defensoria Pública é equiparada, opinião defendida por Daniel Sarmento[312]:

> Nesses termos, não resta dúvida de que a Defensoria Pública da União exerce função de ombudsman. Como visto, trata-se de entidade autônoma, dotada de estatura constitucional, cujas funções institucionais abrangem "a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados" (art. 134, caput, CF).

Na verdade, para Daniel Sarmento[313], o *ombudsman* pode possuir duas funções, quais sejam, fiscalizar a administração pública ou proteger os direitos fundamentais, como lição que segue:

> Na seara estatal, aponta-se uma clivagem entre o modelo europeu de ombudsman, surgido ainda no século XIX e voltado precipuamente para a fiscalização da administração pública, e o modelo latino-americano, erigido a partir do segundo pós-guerra e mais ligado à proteção dos direitos fundamentais.

Outra análise possível em sede de direito comparado acerca da existência de uma instituição similar ao *ombudsman* no direito brasileiro consiste em entender que simplesmente inexiste, em virtude de, em outros ordenamentos jurídicos, ele ser escolhido pelo órgão legislativo. Tal proposta é seguida por Juliana Almenara Andaku[314].

De fato, as instituições do Ministério Público e da Defensoria Pública podem possuir características de fiscalizar a administração pública ou defender os direitos fundamentais, mas o realizam numa perspectiva de acionamento judicial, o que difere da ótica política do *ombudsman*. Essa visão diversa de atuação decorre da forma de nomeação que termina, ressalta-se, por impactar no *modus operandi* da instituição.

Mesmo que se argumente que os chefes do Ministério Público possuem sua nomeação indicada pelo chefe do Poder Executivo e aprovação por maioria absoluta do Senado Federal,

---

312 SARMENTO, Daniel. **Dimensões constitucionais da Defensoria Pública da União**. 2015. Disponível em: http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf. Acesso em: 28 jul. 2018, p. 18.

313 Ibid., p. 17.

314 ANDAKU, Juliana Almenara. **O papel do ombusdman no direito brasileiro**. 2006. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/9077/o-papel-do-ombusdman-no-direito-brasileiro. Acesso em: 28 jul. 2018.

na verdade, a forma jurídica de controle distancia-se da modelagem política proposta pelo instituto do *ombudsman*.

Pode ser interessante para a realidade brasileira, assim, instituir um Provedor de Justiça vinculado às Câmaras de Vereadores, Assembleis Estaduais ou Congresso Nacional com a finalidade de, inicialmente, informar a prática de ato de má gestão ao órgão ou entidade vinculada à administração, tal qual uma ouvidoria externa.

Caso não adotadas as medidas pertinentes, o *ombudsman* ingressaria em uma fase de negociação, utilizando para tanto de sua capacidade e repertório político, com fins de adequar a má prática de gestão para o caso em questão e os vindouros de forma vinculante.

Em última hipótese, a má administração seria levada diretamente à instituição do Poder Legislativo ou ao respectivo Tribunal de Contas a depender do que dispusessem as normas de direito positivo.

Essa concepção, embora baseada no direito europeu, está até mesmo condizente com as características histórico-antropológicas do povo brasileiro, já que propiciar a instituição de um profissional destinado justamente a realizar uma interlocução por meio da negociação e da conciliação política é adequado aos indicados valores culturais do país.

Obviamente, tal instituição precisaria igualmente respeitar os parâmetros da impessoalidade, ainda que o faça por meio de o resultado da negociação ou conciliação pessoal passar a vincular impessoalmente todos os casos vindouros. Três sugestões para a sua atuação são possíveis.

Primeiro, o *ombudsman* deveria promover uma interlocução mais próxima, praticamente pessoal e familiar, entre os interesses do cidadão e a explicação dos limites e dificuldades que precisam ser superados para obter o direito, o que pode vir a ser uma solução, pois, como visto, uma perspectiva política em vez de jurídica pode resultar numa instituição mais acolhedora.

Segundo, uma das más práticas administrativas, sem dúvidas, é a existência de exigências formais desnecessárias. Não raro, há de se reconhecer que o jeitinho brasileiro se destina também a superar dificuldades burocráticas que não precisavam existir. Assim, a desformalização do direito aplicado em cartórios e repartições administrativas, sempre que possível, é prática que deve ser recomendada, mantendo-se apenas os atos e formalidades indispensáveis de serem excetuadas.

Por fim, o *ombudsman*, ao menos diante das peculiaridades da cultura brasileira, deveria também realizar uma interlocução com a administração acerca da possibilidade de passar a inserir na rotina administrativa as soluções necessárias para atender às queixas a ele conduzidas.

Na verdade, caso não seja possível passar a vincular os casos semelhantes vindouros, então a reclamação não poderá ser respondida positivamente por violação à impessoalidade.

Essa perspectiva de apoiar-se nos precedentes é indispensável, até mesmo para os órgãos de controle, afinal, há de se evitar que as decisões sejam tomadas por aproximações pessoais, familiares ou meras afinidades.

A sugestão que surge, portanto, é a instituição de mecanismos jurídicos pessoais, respeitantes das características indicadas para a cultura brasileira, mas com efeitos jurídicos impessoais, para fins de manter a conformação com o direito. Nessa seara, o *ombudsman*, uma espécie de ouvidor externo, assim configurado, pode vir a impactar na melhora da performance da administração pública, reduzindo as más práticas administrativas, especialmente, as exigências de formalidades injustificadas consistentes no excesso de burocracia.

4.3 Direito Fundamental à Boa Administração Pública na Doutrina Brasileira

No influxo do reconhecimento expresso na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia do direito fundamental à boa administração pública, houve investigação na doutrina brasileira acerca da possibilidade de sua construção a partir do regime ou dos princípios reconhecidos na Constituição de 1988, em virtude especialmente da cláusula de abertura do art. 5º, parágrafo segundo, que estatui que os "direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Não poderia, portanto, ser diferente o entendimento de Dirley da Cunha Júnior[315], a não ser afirmar que a "Constituição brasileira de 1988 [...] contém preceito expresso que admite a fundamentalidade material dos direitos fundamentais como consequência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado".

Opinião também agasalhada por Ricardo Maurício Freire Soares[316], para quem "a dignidade da pessoa humana figura como princípio ético-jurídico capaz de orientar o reconhecimento, a partir de interpretação teleológica da Carta Magna, de direitos fundamentais implícitos".

Nesse sentido, "[...] o reconhecimento de um direito fundamental à boa administração

---

315 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. Ver., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 576.

316 SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 259.

é consolidação da lógica do constitucionalismo valorativo, que tem na pessoa o seu elemento central e, com isso, subordina o agir estatal a esse mesmo vetor finalístico"[317]. Em outros termos, para concretizar os princípios protegidos constitucionalmente, há de serem cogentes também os meios necessários para tanto.

Inevitável, portanto, o reconhecimento da juridicidade do direito fundamental à boa administração neste trabalho, já que adota a leitura pós-positivista, ou seja, entende-se que ele é um princípio implícito na Constituição por derivar da necessidade de conferir efetividade à dignidade da pessoa humana, cânone ético incorporado ao direito, vinculando o intérprete.

Além disso, verificou-se que a realidade concretizada mais próxima ao modelo de direitos fundamentais instituída normativamente no Brasil é o nórdico, tornando indispensável numa leitura axiológica da Constituição investigar a administração pública brasileira com especial enfoque interdisciplinar e comparatista, enfatizando a necessidade de uma teoria administrativa preocupada com os meios para a efetividade.

Leitura similar adotou Juarez Freitas[318], para quem "a legitimidade (conformidade com a tábua axiológica da Constituição) reivindica o hábil e tempestivo cumprimento de obrigações enfeixadas no direito fundamental à boa administração pública".

O direito fundamental à boa administração pressupõe, "nesse registro, libertar a avaliação do preconceito de que as políticas públicas seriam essencialmente programas de governo, implementáveis sem o estudo científico"[319].

Afinal, "não remanesce espaço jurídico para uma discricionariedade desmesurada, emotiva, autocentrada e omissiva"[320]. Consoante já antecipado, esse conceito entrou em crise. Mais adequado é referir-se a graus de vinculação normativa relacionados a regras, conceitos indeterminados e princípios.

Se há regras jurídicas para o caso em questão, o grau de vinculação do intérprete é muito maior, porquanto o texto normativo tende a deixar as premissas e as consequências jurídicas descritas de forma mais cerrada.

Por outro lado, em situações de conceitos jurídicos indeterminados, como o próprio

---

317 VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**: democratizando a função administrativa. 2010. 254 f. Tese (Pós-doutorado em Administração) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas / Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/6977. Acesso em: 14. fev. 2019, p. 15.

318 FREITAS, Juarez. **Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração**. Seqüência (Florianópolis), n. 70, p. 115-133, jun. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/seq/n70/0101-9562-seq-70-00115.pdf. Acesso em: 15. nov. 2018, p. 116.

319 Ibid., p. 116.

320 Ibid., p. 116.

nome já diz, há menor vinculação do intérprete, em virtude da incerteza acerca dos seus limites. Não se pode sustentar, entretanto, uma discricionariedade no sentido forte, já que a interpretação deverá ser fiel tanto ao conteúdo da expressão em questão como também ao ordenamento jurídico como um todo.

Por fim, em casos sem regras, ainda que se admita que o grau de vinculação do intérprete é menor, ainda assim, não estará desvinculado. Afinal, os princípios jurídicos existem para que sejam aplicados enquanto mandamentos de otimização, ou seja, na máxima medida possível, consoante uma idônea análise.

Se há menor ou maior grau de vinculação, portanto, ele consiste apenas em dificuldades de ordem prática referentes à obtenção de um consenso jurídico acerca das consequências jurídicas do texto normativo exposto em forma de regras, conceitos indeterminados ou princípios, mas jamais da ausência de tais balizas.

O direito fundamental à boa administração, nessa perspectiva, é reconhecido justamente com fins de tornar imperativa a utilização dos mecanismos melhor realizadores das consequências pretendidas pela ordem constitucional, demonstrando o equívoco da discricionariedade, se houver um relativo consenso.

Diversas alterações no direito, para ajustá-lo aos valores e à realidade social, foram possíveis por causa dessa crítica à discricionariedade que não confere plena efetividade aos princípios, sendo certo que apenas foram possíveis a partir de uma perspectiva interdisciplinar imperativa para os debates sobre o direito fundamental à boa administração.

Sabe-se, as "ciências sociais e o direito são inter-relacionados em muitas áreas, e o uso dessa pesquisa para desenvolver políticas públicas e resolver disputas legais tem se tornado mais comum"[321].

No direito americano, por exemplo, o primeiro caso em que as ciências sociais cooperaram para solucionar um caso relevante foi em 1908 em Muller v. Oregon, quando se questionou a constitucionalidade de uma legislação que proibia a contratação de mulheres por mais de dez horas para resguardá-las[322]. Naquela circunstância, a Suprema Corte dos Estados Unidos, pela primeira vez, fiou-se em dados extralegais e sedimentou que a "diferença justifica a diferença em legislação"[323].

Desse marco até a presente data, a interdisciplinaridade tal como proposta, ou seja, uma

---

321 SMITH, Alisa. **Law, social Science, and the criminal courts**. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 3.
322 Ibid., p. 4 e 10.
323 Ibid., p. 4 e 14.

leitura interna do direito, apenas acentuou-se. Ainda que questionável se sempre respeitou os limites do texto constitucional, em julgamentos da Suprema Corte Federal (STF) brasileira, há inúmeros casos, a saber, aborto de anencefálicos, prisão em segunda instância, reconhecimento da união estável homoafetiva.

Não é, portanto, cedo que se propõe uma reestruturação de alguns dos pilares administrativistas à luz da dignidade da pessoa humana e de seus princípios implícitos. Por exemplo, para Luís Roberto Barroso[324], esse foi "um domínio que custou a incorporar os efeitos da constitucionalização do Direito, da centralidade dos direitos fundamentais e da reaproximação entre o Direito e a Ética".

Na verdade, mais adequado é afirmar ser esse um domínio em que o direito tardou a iniciar um processo longo e lento de reinterpretação, afinal, não é a partir de uma data que se conclui a mudança do paradigma da supremacia do interesse público sobre o privado fruto da jurisprudência administrativa do Conselho do Estado francês, para a supremacia dos direitos fundamentais, consoante determina a Constituição.

Essa releitura não se destina exclusivamente a limitar a corrupção, mas, sem dúvidas, que é um importante campo de sua atuação, pois "o perverso ciclo da discricionariedade solta e quase imune ao controle"[325] é "fonte inegável de corrupção sistêmica"[326].

Assim, "cabe ao direito fundamental à boa administração o papel de norte das escolhas administrativas, com observância mandatória das prioridades constitucionais, escrutináveis nos seus efeitos diretos e colaterais"[327]. Portanto, em vez de discricionariedade, melhor reafirmar a vinculação racional do gestor público forçado "a medir consequências sistêmicas de suas opções, pois terá de justificá-las coerentemente, sobretudo em seu custo-efetividade"[328].

Não há qualquer ilusão no sentido de uma construção teórica ser apta *per si* a alterar a prática administrativa brasileira. Ao contrário. Há diversos traços culturais que não serão facilmente alterados, mas a reafirmação do direito precisa ser uma constante.

Se há uma prolatada doutrina pós-positivista que defende ter havido a constitucionalização do direito por meio especificamente do neoconstitucionalismo, sua abertura para uma análise interdisciplinar demonstrou que está longe de haver uma efetiva "Era dos Direitos", mas sim uma necessidade de envolvimento de todos os intérpretes da

---

[324] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
[325] FREITAS, 2015, p. 117.
[326] Ibid., p. 117.
[327] Ibid., p. 117.
[328] Ibid., p. 118.

Constituição com fins a iniciar uma transformação que possibilite a realização da "vontade de Constituição", em substituição à "vontade de poder".

Nessa perspectiva, "o direito fundamental à boa administração é autêntico complexo de direitos, regras e princípios, encartados numa verdadeira síntese, que serve de antídoto contra o arbítrio"[329]. Destaca-se, o rol mais extenso possível sempre será aberto, ou seja, não taxativo, já que as "garantias não excluem outras, pois é 'standard mínimo'"[330].

Essa proposta de releitura do direito administrativo, na doutrina de Juarez Freitas[331], veio acompanhada de uma remodelagem dos requisitos dos atos administrativos para fazer frente à tradicional exposição da competência, finalidade, forma, motivo e objeto. A vantagem da sua exposição é obter maior restrição da discricionariedade em virtude da melhor especificação.

Na redefinição proposta, a expressão competência é preterida em função de "sujeito capaz e investido de competência"[332], a qual é considerada "irrenunciável, salvo nas hipóteses de avocação e delegação"[333].

A finalidade pública foi o requisito que sofreu a maior alteração, passando a ser adotada a necessidade de uma "estimativa de impactos das políticas públicas, tendo em vista a obtenção de melhores resultados contextuais, mediante prudente articulação entre equidade e eficiência"[334]. Portanto, argumentos abstratos e genéricos aptos a justificar qualquer medida não são mais aceitos.

A forma foi mantida enquanto requisito, mas passa a ser expressamente destacada a necessidade de evitar excessos, já que apenas é exigida "a observância de formalidades e procedimentos mínimos, sem sucumbir aos formalismos teratológicos alienantes"[335]. Ela, afinal, possui sempre finalidade de proteção de direitos fundamentais, nunca será um fim em si mesma.

O motivo passa a ser mero elemento de um requisito bem mais amplo e de difícil realização, já que envolve também a motivação. Na perspectiva de Juarez Freitas[336], exige-se "a condigna justificação imparcial das premissas do silogismo dialético decisório, com indicação didática dos motivos (fáticos e jurídicos)".

---

329 Ibid., p. 118-119.
330 FREITAS, 2015, p. 120.
331 Ibid., p. 122.
332 Ibid., p. 122.
333 Ibid., p. 122.
334 Ibid., p. 122.
335 Ibid., p. 122.
336 Ibid., p. 122.

Por sua vez, o objeto também é um requisito de juridicidade do ato administrativo que foi mantido, exigindo que cumpra a exigência de haver um "objeto determinável, possível e lícito em sentido amplo"[337].

A pretensão do referido doutrinador consiste em reconfigurar, "por inteiro, o controle das decisões administrativas, em conexão com os direitos fundamentais de todas as dimensões e com a natureza vinculante das políticas constitucionalizadas"[338]. A liberdade do administrador público, assim, "passa a ter de cristalizar conteúdo aceitável, em sintonia com prioridades cogentes"[339].

Juarez Freitas, em sua obra, considera que dois princípios jurídicos de uso corrente no direito ambiental devem ser mais utilizados no direito administrativo em virtude dessa releitura proposta em nome do direito fundamental à boa administração, a saber, princípio da prevenção e da precaução.

No direito administrativo, o princípio da prevenção "estatui que a Administração Pública ou quem faça as suas vezes, na certeza do evento danoso, tem obrigação de evitá-lo, desde que no rol de suas atribuições competenciais e possibilidades orçamentárias"[340].

A lógica que permeia tal princípio é a da inadmissibilidade da paralisia da administração pública na hipótese de previsão de dano, em outros termos, o "ponto é que não se admite a inércia administrativa perante qualquer dano previsível"[341].

Obviamente, tal qual qualquer análise jurídica, reitera-se, a previsibilidade e a certeza do dano são noções que demandam uma perspectiva interdisciplinar variável conforme o contexto histórico-cultural.

Noutro giro, o princípio da precaução consiste na "obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais, mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundadamente temidos (juízo de forte verossimilhança)"[342].

Importa destaca que a violação ao princípio da precaução conduz à configuração de uma "omissão antijurídica, que, à semelhança do que sucede com a ausência da prevenção cabível, tem o condão de gerar dano (material e/ou moral) injusto e, portanto, indenizável, dispendiosamente absorvido pela castigada massa dos contribuintes."[343].

---

337 Ibid., p. 122.
338 FREITAS, 2015, p. 122.
339 Ibid., p. 122.
340 FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014, p. 119.
341 Ibid., p. 120.
342 Ibid., p. 122.
343 Ibid., p. 122.

Constata-se, assim, que a distinção "entre prevenção e precaução mantém-se tênue, facetas teleológicas que são de uma só prudência"[344], residindo "no grau estimado de probabilidade da ocorrência do dano (certeza *versus* verossimilhança)"[345].

Diante de uma certeza do senso comum ou científica acerca dos riscos de realização de um dano evitável dentro da margem da competência da administração pública solucionável mediante gastos dentro da previsão orçamentária, dúvidas não restam que inexiste qualquer discricionariedade administrativa, incidindo plenamente o princípio da prevenção.

Entretanto, no caso de um juízo de probabilidade, a situação é diversa porque o senso comum ou ciência não possui certeza de que o evento danoso acontecerá, mas apenas aponta a verossimilhança da versão que sustenta o seu acontecimento.

Nessa situação, a do princípio da precaução, a interpretação desse direito deve ter a sua linguagem modulada pela técnica restritiva, a qual consiste em reduzir o preceito jurídico-normativo em relação ao uso corrente da linguagem.

Destaca-se que há, ainda, as técnicas declarativa e ampliativa. Por meio da primeira, também chamada de declaratória, haverá uma correspondência entre o preceito jurídico-normativo e a forma de utilização usual da língua pelos seus falantes. Noutro giro, a outra, que recebe igualmente o nome de extensiva, consiste nas situações em que o preceito jurídico-normativo possuirá um significado maior do que o esperado pelos utilizadores habituais da linguagem.

Importa ressaltar que a principal forma de empreender essa modulação de linguagem, ou seja, recorrer-se à técnica ampliativa ou restritiva, consiste na utilização da técnica sistemática de interpretação, a qual consiste na remissão hermenêutica a normas jurídicas outras do mesmo sistema jurídico ou até de paralelos, com fins a melhor solucionar o problema posto.

No caso, sustenta-se a necessidade de uma interpretação restritiva do princípio da precaução porque diante de uma incerteza acerca do acontecimento dos resultados danosos, esse caso concreto deverá ser analisado à luz do postulado da proporcionalidade, considerando diversas variáveis. Primeiro, probabilidade indicada para ocorrência do risco. Segundo, grau de certeza científica acerca dessas chances. Terceiro, os representantes democraticamente eleitos pelo povo para decidir, em primeira instância, sobre os problemas postos é o Poder Legislativo e, em seguida, o Poder Executivo.

A técnica de interpretação restritiva desse modo aplicada ao princípio da precaução

---

[344] Ibid., p. 125.
[345] FREITAS, 2014, p. 123.

propõe que ele apenas justifique a incidência de indenização absorvida pelos contribuintes nas hipóteses de um juízo de forte verossimilhança justificado.

Em resumo, ainda que com essa ressalva, essa teorização "acarreta o dever de observar em tempo útil os princípios da prevenção e da precaução"[346]. Na verdade, ambos denotam essa aproximação do direito fundamental à boa administração, entendido como um justificador para a releitura do direito administrativo, com o direito ambiental.

Mas, essa interface entre os dois campos do direito incide não apenas nos acima citados princípios, mas também por a sustentabilidade ser um dos componentes das decisões da administração pública, como explicado na citação que segue:

> as escolhas públicas serão legítimas se resultarem (a) sistematicamente eficazes; (b) sustentáveis; (c) motivadas; (d) proporcionais; (e) transparentes; (f) razoavelmente desenviesadas; (g) incentivadoras de participação social, (h) da moralidade pública; e (i) da devida responsabilização por ações e omissões[347].

Para não restar dúvida acerca dessa relação entre o direito ambiental e o direito fundamental à boa administração na perspectiva de Juarez Freitas[348], importa destacar que a:

> garantia de administração sustentável [...] pressupõe a comprovada preponderância dos benefícios sociais, ambientais e econômicos sobre os custos diretos e indiretos (externalidades negativas), de molde a propiciar o bem-estar multidimensional das gerações presentes sem impedir que as gerações futuras alcancem o próprio bem-estar.

Outro tema relevante para prevenir e reprimir o administrador cordial consiste na modelagem das carreiras de Estado. No estudo do constitucionalismo brasileiro tardio promovido por Manoel Jorge e Silva Neto, foi destacada a importância de as contratações obedeceram ao mandamento constitucional do concurso público, já que o excesso inconstitucional de cargos comissionados e de contratações excepcionais temporárias facilita a manifestação do patrimonialismo.

Realizou, nesse sentido, crítica à realidade brasileira consistente no gestor da coisa pública procurar "sofregamente alternativas para a investidura de agentes que não seja o salutar e republicano comando do art. 37, II, CF, que impõe a obrigatoriedade do concurso público"[349].

Ocorre que, se permanece a certeza de que continuam a se suceder muitas contratações de servidores públicos sem respeito à exigência do concurso público "por meio da burla sorrateira da indicação de indivíduos para cargos em comissão sem atendimento às prescrições constitucionais"[350] e também pela "transformação em ordinária da excepcionalidade anunciada

---

346 FREITAS, 2014, p. 120.
347 FREITAS, 2015, p. 120.
348 Ibid., p. 119.
349 SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016, p. 71.
350 SILVA NETO, 2016, p. 72.

no art. 37, IX/CF"[351], outro mecanismo jurídico atualmente ganha relevância nesse escopo, qual seja, a terceirização ilícita.

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 324 e o Recurso Extraordinário (RE) n. 958252, com repercussão geral reconhecida, nos quais se decidiu por maioria que era possível a terceirização de atividade-fim nas atividades empresariais.

De algum modo relacionado àquele julgamento, a Presidência da República, titularizada por Michel Temer, aprovou o Decreto n. 9.507/18, que dispôs "sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União".

No âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, regidas por normas de direito público, o possível patrimonialismo decorrente da terceirização das atividades não chegaria a preocupar tanto, já que o art. 3º, do referido decreto, restringe bastante as hipóteses, vedando sempre que os serviços "envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle" (Art. 3º, inciso I, Decreto n. 9.507/18).

Além dessa hipótese de vedação, também proíbe a terceirização de serviços que "sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias" (Art. 3º, inciso II, Decreto n. 9.507/18).

Continua o decreto presidencial protegendo as decisões administrativas no âmbito público do patrimonialismo ao prever que não poderão ser executados indiretamente os serviços que "estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção" (Art. 3º, inciso III, Decreto n. 9.507/18).

Por fim, veda ainda a terceirização daqueles serviços próprios das "categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente [...]" (Art. 3º, inciso IV, Decreto n. 9.507/18).

Exposto nesses termos, ainda que se admita a possibilidade sempre inconstitucional de terceirização de atividades com finalidade de o gestor da administração pública indicar seus partidários com fins de empregá-los, ao invés de realização de um procedimento seletivo

---

[351] Ibid., p. 72.

impessoal pela empresa prestadora de serviços, os efeitos danosos na administração pública regida pelo direito público se demonstram reduzidos.

Felizmente, ao menos em decorrência do apurado nas operações da Polícia Federal, tudo indica, esse regime jurídico mais rígido demonstrou-se eficiente na prevenção e na repressão dos atos de corrupção até o momento. Afinal, importa recordar que os recursos geralmente eram desviados de empresas estatais, para as quais sempre há maior flexibilidade, possibilitando assim uma maior atuação do administrador cordial.

Ainda sobre os agentes públicos do regime jurídico da administração pública direta, autárquica e fundacional, regidas por normas de direito público, Juarez Freitas[352] acentua que as "relações de administração, segundo a boa governança, devem ser pronunciadamente de Estado, mais que "de governo", ou voltadas para o curto prazo", exigindo, assim, "a valorização das Carreiras de Estado, com autonomia e independência técnica"[353].

Nesse sentido, importantes medidas consistem no ingresso das carreiras mediante concurso público, além de proteção por meio da vitaliciedade, estabilidade ou, na mais flexível das propostas possível à luz do direito fundamental à boa administração, necessidade de motivação objetiva e idônea para o desligamento de servidor apta a sofrer controle pelo Poder Judiciário.

O indispensável, portanto, não é manter o atual regime de estabilidade, que tudo indica funciona relativamente bem na prevenção e repressão do administrador cordial, mas reconhecer que os agentes públicos precisam de "proteção adicional de anteparos formais e substanciais contra voluntarismos residuais do coronelismo mandonista e enxugamentos lineares destituídos de motivação razoável"[354].

A maior preocupação sobre a organização da administração pública para assegurar a imparcialidade das apreciações, entretanto, deve existir nas empresas estatais. A flexibilidade do regime jurídico que lhes incide já demonstrou que propicia maior incidência do patrimonialismo que conduz aos atos de corrupção, especialmente nos maiores casos do país, a Operação Lava Jato com foco na Petrobrás e o escândalo do Banestado.

Do ponto de vista do ingresso na carreira, a determinação constitucional é clara no sentido da exigência do concurso público. Entretanto, em virtude do regime jurídico mais flexível, os cargos comissionados podem esvaziar atribuições estratégicas de controle interno, que deveriam ter suas atribuições protegidas contra qualquer personalismo.

---

[352] FREITAS, 2014, p. 133.
[353] Ibid., p. 134.
[354] Ibid., p. 143.

Interessante, portanto, seria viabilizar setores preenchidos integralmente por profissionais concursados para realizar atividades que demandassem a imparcialidade, ou seja, a razão determina que aqueles que irão fiscalizar a juridicidade da atuação dos administradores não sejam indicados por eles próprios, sob pena de inevitável ineficácia social ou inadequação interna das normas.

A sugestão inevitável, portanto, seria a organização de uma assessoria ou procuradoria jurídica com autonomia e independência funcional integralmente preenchida com profissionais ingressantes por concurso público com a finalidade de realização do controle prévio de juridicidade dos atos das empresas estatais.

Por outro lado, haveria também a necessidade de organizar uma auditoria interna sob os mesmos moldes, qual seja, autonomia e independência funcional e com o quadro de pessoal preenchido apenas por concursados. Assim, fiscalizaria posteriormente se os procedimentos e atos realizados foram em conformidade com a determinação jurídica.

Ocorre que o Decreto n. 9.507/18 foi em sentido contrário ao que determina a realização de um direito fundamental à boa administração, qual seja, assegurar autonomia e independência funcional dos órgãos de controle interno ao menos. Ele possibilitou uma terceirização ampla e irrestrita nas empresas estatais, desde que apresentadas justificativas em razão dos "princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade" (Art. 4º, *caput*, do Decreto n. 9.507/18).

A ampla abertura concedida por meio desse decreto aos gestores de empresas estatais federais para terceirizar até mesmo o controle interno preventivo e repressivo é inconstitucional, na verdade, o direito fundamental à boa administração demanda uma releitura do ordenamento jurídico ao propor a restrição da atuação dos cargos comissionados e terceirizados nas empresas estatais nessas áreas estratégicas, com fins de tornar o controle preventivo e repressivo do gestor que comanda a entidade mais efetivo, assegurando autonomia, independência e imparcialidade daqueles profissionais.

Embora não prejudique mais do que a regra da ampla possibilidade de terceirizar, também não ajuda a previsão de um rol meramente exemplificativo de situações em que os princípios da eficiência, da economicidade e da razoabilidade justificam a execução indireta de qualquer atividade, mesmo as previstas na área fim, nos planos de cargos ou para fins de controle interno.

De qualquer modo, importa trazê-las. A primeira hipótese foi o "caráter temporário do serviço" (Art. 4º, inciso I, Decreto n. 9.507/18), a qual se relaciona com a segunda que consiste no "incremento temporário do volume de serviços" (Art. 4º, inciso II, Decreto n. 9.507/18).

Ainda, a "atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente" (Art. 4º, inciso III, Decreto n. 9.507/18) também é justificativa para uma terceirização nas empresas estatais federais independentemente de qual seja a atividade. Por fim, o referido decreto apontou a "impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere" (Art. 4º, inciso IV, Decreto n. 9.507/18).

Como justificado acima, não são os exemplos trazidos no decreto em rol meramente exemplificativo que consistem em qualquer problema ao direito fundamental à boa administração nas empresas estatais, mas a cláusula aberta à justificativa do gestor público tal qual foi previsto no Art. 4º, *caput*, do Decreto n. 9.507/18, já que não se previu sequer exceção às atividades de controle interno.

4.4 Modelos de Direção ou Intervenção Econômica Adequados ao Direito Fundamental à Boa Administração

Importa analisar, neste tópico, a opinião da doutrina brasileira acerca de quais modelos de direito, estado e sociedade civil existentes em uma análise comparativa estão mais adequados à construção que se pretende fazer do direito fundamental à boa administração, com enfoque especial no grau de direção ou intervenção do Estado na economia.

Destaca-se que o instituto do *ombudsman* foi adotado na União Europeia por influência de uma instituição nórdica de sucesso, o que já denota a adequação daquele modelo que envolve um equilíbrio entre uma intensa e planejada intervenção estatal na economia com fins a promover o desenvolvimento econômico e o bem-estar sem prejudicar a existência da livre iniciativa.

Para melhor compreender os limites da influência das medidas estatais na ordem econômica, é necessário distinguir sob o aspecto linguístico "entre intervencionismo e dirigismo"[355], diferença importante que "nos remete imediatamente à análise da ordem econômica conforme a Constituição de 1988"[356].

A opinião do referido jurista é de que a Constituição de 1988 não adotou o dirigismo econômico, uma vez que confere significativo papel à livre iniciativa. Acobertou, entretanto, o

---

355 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Congelamento de preços: tabelamentos oficiais (parecer),** 1989. Revista de Direito Público, n. 91. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. P. 76/86. Disponível em: http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/26. Acesso em: 2 dez. 2018.

356 Ibid.

intervencionismo, como segue:

> Quando o art. 174 da Constituição dispõe que o Estado exerça, dentre outras, a função de planejamento, esta expressão certamente não tem nada a ver com dirigismo econômico, mas sim com intervencionismo que, como vimos, é fenômeno que ocorre no desenvolvimento da economia capitalista[357].

Essa concepção possui vantagem por estar em harmonia com o método lógico-linguístico, uma vez que a expressão dirigismo provém do verbo dirigir, ao passo que o intervencionismo decorre do intervir. Exemplifica-se. O motorista dirige o veículo, conferindo-lhe irrestritamente a direção. O médico, noutro giro, não dirige a saúde do paciente, ao contrário, intervém cirurgicamente, pode até dar a direção, mas nunca a dirigir. Por essas razões, entende-se que é vedado ao Estado substituir o mercado na determinação da configuração estrutural da economia. Transcreve-se lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior[358]:

> no Estado, não repousa a estrutura da ordem econômica, este não lhe impõe nem conforma as regras estruturais, não é fundamento da economia. A Constituição, nesse sentido, repudia a economia estatizada, o capitalismo do Estado, o dirigismo econômico, pois, ao contrário, acentua essencialmente o pluralismo da livre iniciativa e o sentido social, não discriminatório do trabalho humano como fundamento desta. Como agente normativo e regulador, o Estado, portanto, não se substitui ao mercado na configuração estrutural da economia.

Ou seja, a admissão do tabelamento de preços é excepcional e decorre apenas da finalidade de reprimir "o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" (art. 173, § 4º, CF). Nos dizeres de Tércio Sampaio Ferraz Júnior[359]: "o tabelamento, nos quadros retroalimentados, só pode ser entendido como instrumento balizador de preços para efeito de repressão ao aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º, da Constituição)". A Constituição, portanto, acoberta o intervencionismo, não o dirigismo.

Tal concepção está em consonância, ainda, com a Rerum Novarum do Papa Leão XIII, que muito influenciou a formatação constitucional do atual Estado brasileiro por meio da doutrina social da Igreja[360]. Naquele documento, considerou-se que "os animais destituídos de razão [...] não se governam a si mesmos; são dirigidos e governados pela natureza"[361], diversamente dos homens que possuem livre arbítrio, mas demandam intervenção estatal em

---

357 Ibid.
358 Ibid., p. 50.
359 Ibid., p. 50.
360 BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46.
361 PAPA LEÃO XIII. **Carta Encíclica Rerum Novarum**. Vatcicano: Libreria Editrice Vaticana, 1891. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em: 11 ago. 2017.

algumas hipóteses para protegê-los da injustiça, por exemplo:

> é um dever da autoridade pública subtrair o pobre operário à desumanidade de ávidos especuladores, que abusam, sem nenhuma descrição, tanto das pessoas como das coisas. Não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso da fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo[362].

Nesse contexto, a primeira perspectiva trazida por Juarez Freitas[363] foi a chinesa, a qual, por meio de autoritarismo centralizado, tem dirigido a economia por anos consecutivos ao crescimento.

Entretanto, tal circunstância impacta em carência de legitimidade e, portanto, induz "resultados pífios em termos de consistência intertemporal das políticas públicas. [...] Em dado momento, semelhante modelo carecerá de instituições do Estado de Direito, da segurança social e dos impostergáveis cuidados ambientais"[364].

Se o modelo chinês baseado na planificação da economia faz sucumbir a dignidade da pessoa humana no que se refere ao igual respeito pelas escolhas individuais, o americano também não é o mais adequado, mas por motivos extremamente opostos, já que a liberalização da economia "também funciona mal, mercê de incentivos distorcidos, colapsos financeiros periódicos e crescente iniquidade, com altíssimos custos"[365].

Sem dúvidas, a dignidade da pessoa humana na sua dimensão da igual consideração, ou seja, em conceder às pessoas o mínimo de condições sociais de educação, saúde e redução de desigualdade resta prejudicada nos Estados Unidos da América.

Por fim, apontou que "o modelo nórdico, à primeira vista, parece superior, mas é de improvável exportação. Desse modo, a saída parece estar em combinar virtudes de vários modelos e selecionar as melhores características, com o sincretismo inteligente e adaptativo"[366].

De qualquer forma, consoante visto, há uma proximidade crucial entre o modelo nórdico e, formalmente, o brasileiro, qual seja, ambos possibilitam que o Estado realize uma intensa intervenção na economia para promoção do desenvolvimento econômico por meio da figura do planejamento que respeita a livre iniciativa, mas não autorizam a sua direção através da planificação. Exigem, ainda, a perspectiva do bem-estar social pela prestação de inúmeros direito sociais indispensáveis para concretização da dignidade da pessoa humana.

---

362 Ibid.
363 FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009, p. 11.
364 Ibid., p. 11.
365 Ibid., p. 11.
366 FREITAS, 2009, p. 12.

4.5 Direito Fundamental à Boa Administração e Ciência da Administração Pública

O reconhecimento de um direito fundamental à boa administração pública inferido da Constituição de 1988 possui uma nítida matriz interdisciplinar. Por um lado, seu próprio despertar no Brasil está relacionado com a constatação de que a constitucionalização do direito aconteceu apenas formalmente, ou seja, há necessidade de buscar no momento também os meios para a concretização da dignidade da pessoa humana e dos demais princípios.

Noutro giro, seu desenvolvimento conceitual demanda interface entre direito e ciência da administração, porque envolve necessariamente o reconhecimento do dever fundamental de os gestores públicos adotarem práticas administrativas tendentes à otimização dos resultados.

Ao direito incumbe inicialmente reconhecer a juridicidade do direito fundamental à boa administração, mas também possibilitar um discurso interdisciplinar para, com a ciência da administração pública, atribuir "relevo à possibilidade de se afirmar a existência objetiva do ideal de "boa administração", dedicando-se prioritariamente a definir seu conteúdo e correspondentes requisitos de concretização"[367].

Portanto, a "análise não se restringe à perspectiva do Direito [...]"[368], nem poderia. Há, assim, de investigar outras disciplinas, a exemplo da ciência da administração, que lhe realizem uma interface para a solução da questão à presente pesquisa, assim como, incluir conhecimento técnico proveniente mais de reflexão prática do que acadêmica acerca dos mecanismos que podem concretizar o direito fundamental à boa administração pública. Afinal, "o Direito não pode prosseguir, qual Narciso, encantado com a própria figura"[369].

Se por um lado, há de se limitar a atuação do administrador público para fins de não viabilizar as práticas causadoras de perturbações consistentes, por exemplo, nas más práticas de governança coorporativa nas empresas estatais, entretanto, também não se pode restringir excessivamente sob pena de prejudicar os resultados.

Em outros termos, a "sequência de experimentalismos evidencia, de um ângulo, os riscos de um hiperjuridicismo que secundariza o plano do resultado e, de outro, a inaptidão de sucessivas reformas administrativas para gerar um modelo de ação estatal comprometido [...]"[370].

A questão, portanto, gira em torno de quais limites da discricionariedade administrativa

---

[367] VALLE, 2010, p. 15
[368] Ibid., p. 16.
[369] VALLE, 2010, p. 17.
[370] Ibid., p. 15.

que jamais poderá ser entendida no sentido forte, mas nunca a inexistência de até mesmo uma mínima margem de atuação do gestor público.

Interessante a análise de Vanice Regina Lírio do Valle, segundo a qual "o conceito proposto pelos teóricos da moderna administração é o da governança, sobretudo pelo que ele representa em termos de potencial de democratização do exercício dessa mesma função"[371], especialmente, porque a presente pesquisa adota boa administração pública como sinônimo de boa governança pública, já que constatou que aquele termo é o preferido especialmente no cenário europeu para descrever o mesmo instituto.

Então, feita essa ressalva, importa destacar que Vanice Regina Lírio do Valle anui, ainda que parcialmente, com essa perspectiva por entender que investir "na ideia de governança importa em prestigiar à gestão pública compartilhada, reinventando ao mesmo tempo, o potencial de contribuição de uma cidadania que se possa reconhecer como ativa"[372]. Ou seja, busca emancipá-la, "como é próprio a um direito à boa administração que se afirma fundamental"[373].

Importa destacar, portanto, no que consiste essa governança fundamentada na racionalidade democrática.

Um dos primeiros exemplos que já é inclusive praticado no direito brasileiro foi o dos "inúmeros conselhos, nacionais e subnacionais, nos campos da saúde, educação, assistência social, infância e adolescência, e tantos outros"[374].

Mas, há ainda a sugestão para realização de referendo e plebiscitos administrativos em temas sensíveis, assim como, audiência pública, consulta pública e orçamento participativo, com finalidade de atender especificamente aos anseios expressados pelo povo diretamente.

Além disso, há uma ideia que é relevante para o direito fundamental à boa administração que consiste na realização de eleição para cargos de direção, gerência e assessoramento diretamente ao povo destinatário das medidas. Interessante seria, ao menos, o rol do controle interno possuir alguma limitação de tal cariz, por exemplo, para escolha de qual integrante da carreira chefiará o setor.

Outra perspectiva sugerida por Vanice Regina Lírio do Valle, mas que ganha conotação diversa é a sugestão de criação de uma ouvidoria. Afinal, a presente pesquisa avança para sugerir a adoção de um modelo similar ao *ombudsman* europeu.

---

371 Ibid., p. 17.
372 Ibid., p. 20.
373 Ibid., p. 20.
374 VALLE, 2010, p. 120.

Essas são, portanto, algumas sugestões, mas sem "a pretensão de exaurir o conteúdo possível de um direito fundamental à boa administração cuja enunciação vem de se fazer"[375]. Como se sabe, "há muito se assentou a compreensão de que os direitos fundamentais encontram-se em permanente estado de expansão, no rumo da proteção crescente da dignidade da pessoa humana"[376].

[375] Ibid., p. 19.
[376] Ibid., p. 19.

5 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 13.303/16 À LUZ DO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS

5.1 Princípios da Ordem Econômica

Nos tópicos anteriores, ficou consolidado que o direito fundamental à boa administração consiste em importante conceito a redefinir a atuação do Estado por meio de uma nova teoria do direito administrativo, com fins a melhor realizar as diretrizes de uma Constituição democrática, tal qual a brasileira. No presente, será analisada a inserção das empresas estatais nesse contexto.

Para fins da adequada análise do Estatuto Jurídico da Empresa Estatal, importa realizar uma introdução à ordem econômica tal qual constitucionalmente definida e destacados alguns de seus princípios, já que nem todos são pertinentes ao presente debate. Nesse sentido, por determinação expressa de direito positivo, há de se considerar que ela se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e "tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", nos termos do art. 170, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Daí se extrai a necessidade de se aprofundar sob a luz da ordem econômica constitucional a análise acerca de três princípios, a saber, a livre iniciativa, a valorização social do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

O conceito de livre iniciativa não é unívoco, nem pacífico. Há quem entenda que se trata na Constituição de uma livre atuação privada sem intervenção do Estado, à qual é contraposta a outros princípios, a exemplo dos valores sociais do trabalho.

Neste sentido, entende Tércio Sampaio Ferraz Júnior[377] que "a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado", o que "não significa, porém, uma ordem do laissez faire, posto que a livre iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho"[378], já que não "há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado".

Similar é a opinião de José Afonso da Silva, quem acentuou a livre iniciativa ser "certamente o princípio básico do liberalismo econômico"[379], ou seja, "envolve a liberdade de

---

377 FERRAZ JUNIOR., Tércio Sampaio. **Congelamento de preços: tabelamentos oficiais (parecer),** 1989. Revista de Direito Público, n. 91. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. P. 76/86. Disponível em: http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/26. Acesso em: 2 dez. 2018, p. 50.

378 Ibid., p. 50.

379 DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo:

indústria e comércio ou liberdade de empresa e liberdade de contrato"[380] (DA SILVA, 2010, p. 793).

Essa é uma concepção muita próxima da adotada majoritariamente pela corrente pós-positivista. Ela prima especialmente por considerar que, se a livre iniciativa fosse o fundamento exclusivo da República Federativa do Brasil, esta seria constituída sobre outros contornos constitucionais, uma vez que se adotaria o liberalismo econômico. Reconhece, entretanto, a necessidade de ponderação com, por exemplo, os valores sociais do trabalho, motivo pelo qual o modelo de Estado Democrático de Direito previsto na Constituição de 1988 necessariamente é uma síntese entre o liberal e o dirigista, sendo propriamente denominado intervencionista.

A teoria de Dworkin[381] prevista especialmente no livro "Levando direitos a sério", o qual corresponde à primeira fase do seu pensamento, foi uma das principais influências dessa teorização, na qual se diferem princípios de regras em função de a colisão de princípios ser resolvida na dimensão do peso, ao passo que o conflito de regras é decidido por meio da dimensão do tudo ou nada, ou seja, declaração de invalidade.

Outra grande influência nessas teorizações é a de Robert Alexy[382], quem, de forma similar, propôs serem princípios mandamentos de otimização e, portanto, possuírem suas colisões resolvidas por meio do postulado ou máxima da proporcionalidade em sentido amplo, na qual há uma análise dos postulados ou máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

A similitude de posicionamentos será percebida ao confrontar-se o conceito de livre iniciativa de Tércio Sampaio Ferraz Júnior acima indicado com o direito geral de liberdade de Alexy[383] (2015, p. 347), que consiste em toda ação (fazer ou não fazer) ser permitida, "a não ser que seja proibida por meio de uma norma jurídica formal e materialmente compatível com a Constituição".

Há, entretanto, outras perspectivas. Eros Roberto Grau, por exemplo, possui uma concepção sutilmente diferente acerca de livre iniciativa, uma vez que lhe reconhece ser um valor social, afirmando que "a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República

---

Malheiros Editores Ltda, 2010, p. 793.

380 Ibid.

381 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 42-43.

382 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2015b, p. 90.

383 Ibid., p. 347.

Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso"[384].

Para ele, portanto, "é um termo de conceito extremamente amplo. [...] Dela – da livre iniciativa – se deve dizer, inicialmente, que expressa desdobramento da liberdade"[385], o que não significa que a "livre iniciativa se resume, aí, a princípio básico do liberalismo econômico ou a liberdade de desenvolvimento da empresa apenas – à liberdade única de comércio, pois"[386].

Essa é uma perspectiva que busca conceituar os princípios constitucionais da ordem econômica sob uma linha conciliadora, em oposição a anteriormente pregada que considerava haver colisões entre eles a serem ponderadas pela dimensão do peso ou pelo postulado da máxima da proporcionalidade em sentido amplo.

A teoria que buscou levar ao extremo tal concepção foi a desenvolvida por Ronald Dworkin nos seus livros publicados no século XXI, considerada uma segunda fase de seu pensamento, no qual sustentou não aceitar o "suposto conflito entre igualdade e liberdade"[387] por entender que as "comunidades políticas deveriam achar um entendimento de cada um desses valores que os mostre como compatíveis"[388].

Na verdade, ao expor uma classificação dos teóricos da filosofia em raposas, que conhecem muitas coisas, e ouriços, que conhecem apenas uma muito bem, "defendeu uma larga e velha tese filosófica: a tese da unidade de valor"[389], no livro "Justice for Hedgehogs".

Além disso, no livro "Sovereigh Virtue: the theory and practice of equality", Ronald Dworkin[390] deixou bem clara sua pretensão acerca dessa tese das colisões sustentada por Isaiah Berlin, qual seja, "esforçar-se para dissipar tais conflitos e integrar tais valores".

Não foi, portanto, uma manifestação isolada nessa direção. Importa destacar os contornos pretendidos por Ronald Dworkin para a dignidade da pessoa humana nessa sua fase madura, a qual ele entendeu possuir dois subprincípios ou dimensões.

A primeira dimensão da dignidade da pessoa humana, relacionada à igual consideração, refere-se ao "intrínseco valor"[391], a qual traz "que cada vida humana tem um especial tipo de

---

384 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: (interpretação e crítica). 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 196.
385 Ibid., p. 197.
386 Ibid., p. 198.
387 DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?:** principles for a new political debate. Priceton: Princeton University Press, 2008, p. 11, tradução nossa.
388 Ibid., p. 11.
389 DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 1, tradução nossa.
390 DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue**: the theory and practice of equality. Cambridge: Havard University Press, 2002, p. 5, tradução nossa.
391 DWORKIN, 2008, p. 09.

valor objetivo"[392]. Isso significa que "nós devemos lamentar uma vida desperdiçada como alguma coisa ruim nela própria, se a vida em questão é nossa ou de qualquer pessoa"[393]. Vê-se, assim, que o valor não é meramente subjetivo, mas objetivo, decorrente apenas da natureza humana, independente de quem seja.

A partir desse subprincípio da dignidade da pessoa humana, Ronald Dworkin[394] **s**ustentou que uma leitura apressada e radical dele poderia vir a sugerir que a igual consideração acontece quando o governo tratar todos seus cidadãos de tal forma que cada um deles tenha a mesma quantidade de recursos sem levar em importância suas escolhas e sua sorte, o que conduziria a um regime de feitio socialista, muito destoante de sua posição política de terceira via.

A interpretação da primeira dimensão da dignidade da pessoa humana, entretanto, pressupõe uma conciliação com a segunda, relacionada ao igual respeito, consistente na "responsabilidade pessoal"[395], conduzindo à afirmação de que "cada pessoa tem uma especial responsabilidade pela realização do sucesso de sua própria vida, uma responsabilidade que inclui exercitar seu julgamento sobre qual tipo de vida seria bem-sucedida para ela"[396].

De uma leitura da dignidade da pessoa humana capaz de integrar e compatibilizar as duas dimensões da igual consideração e do igual respeito, é possível concluir que as soluções político-jurídicas não hão de se encontrar nos extremos, que deixarão de realizar uma das duas perspectivas exigidas.

Nessa linha que deve ser entendida a crítica realizada por Ronald Dworkin[397] no sentido de que "a diferença entre o americano rico e o pobre parece indefensável. O pobre não tem adequada provisão de saúde; uma grande maioria deles não tem provisão de saúde mesmo. Eles carecem de adequada moradia e a nutrição é terrível".

A ordem econômica, entendida com base nesses entendimentos acerca desses princípios, deve realizar a dignidade da pessoa humana, fundando-se a intervenção tanto na livre iniciativa quanto na valorização do trabalho, ditames da justiça social.

---

[392] Ibid, p. 09.
[393] Ibid., p. 10.
[394] Ibid., p. 102 e 106.
[395] Ibid., p. 10.
[396] Ibid., p. 10.
[397] Ibid., p. 126.

5.2 Dirigismo e Formas de Intervencionismo

Feita a análise dos princípios capitais da ordem econômica, há de se recordar uma distinção já realizada no presente trabalho, quando se sustentou que o modelo de direito, estado e sociedade adequado ao direito fundamental à boa administração é especialmente o nórdico, no qual existe uma planejada intervenção estatal na economia e no social, mas sem prejuízo da livre iniciativa.

Repudiou-se, portanto, tanto o liberalismo econômico avesso aos planejamentos e à intervenção estatal como o dirigismo planificador realizado pelos países da órbita comunista. A distinção, assim, está relacionada com o fato de a expressão dirigismo provir do verbo dirigir, ao passo que o intervencionismo deriva do intervir.

Exemplifica-se. O motorista dirige o veículo, conferindo-lhe irrestritamente a direção. O médico, noutro giro, não dirige a saúde do paciente, ao contrário, intervém cirurgicamente, pode até orientar a direção, mas nunca a dirige. Entende-se, por essas razões, que é vedado ao Estado substituir o mercado na determinação da configuração estrutural da economia.

Assim, "no Estado, não repousa a estrutura da ordem econômica, este não lhe impõe nem conforma as regras estruturais, não é fundamento da economia"[398].

Tal concepção está em consonância ainda com a *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII, que muito influenciou a formatação constitucional do atual Estado brasileiro por meio da doutrina social da Igreja[399]. Naquele documento, considerou-se que "os animais destituídos de razão [...] não se governam a si mesmos; são dirigidos e governados pela natureza"[400], diversamente dos homens que possuem livre arbítrio, mas demandam intervenção estatal em algumas hipóteses para protegê-los da injustiça.

Sustentar, além disso, que a Constituição brasileira adotou o intervencionismo como modelo mostra-se adequado à concepção de dignidade da pessoa humana defendida por Ronald Dworkin, uma das principais influências da corrente pós-positivista.

Um dos campos de atuação estatal no domínio econômico é o do "serviço público" que é de titularidade do próprio Estado, integrando a atividade econômica em sentido amplo. O segundo consiste na atividade econômica em sentido estrito, cujos titulares são os particulares.

---

398 FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 50.
399 BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46.
400 PAPA LEÃO XIII, 1891.

O gênero – atividade econômica –, assim, "compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica"[401]. Na verdade, mais tecnicamente, a atividade econômica em sentido amplo inclui a ambos, ao passo que em sentido restrito envolve apenas o campo de titularidade privada[402].

Para o primeiro grupo, há uma atuação do Estado no domínio econômico em sentido amplo; para o segundo, há uma atuação sobre ou no domínio econômico por meio da intervenção, que lógico-linguisticamente "expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado"[403].

Após essa diferença entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito, Eros Roberto Grau[404] classifica as modalidades de intervenção do estado em (i) absorção ou participação; (ii) direção; (iii) indução.

Por absorção, entende-se que "o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio"[405]. Já a participação acontece quando "o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de competição [...]"[406]. Essa é uma intervenção no domínio econômico.

Na perspectiva de Eros Roberto Grau, a direção se dá na hipótese de o Estado exercer "pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsórios para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito"[407]. É, portanto, um exemplo de intervenção sobre o domínio econômico.

Diferentemente, a indução acontece quando "o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento do mercado"[408]. Ainda que mais flexível que a direção, também é um exemplo de intervenção sobre o domínio econômico.

---

401 GRAU, 2017, p. 98.
402 Ibid., p. 89.
403 Ibid., p. 88.
404 Ibid., p. 88.
405 Ibid., p. 141.
406 Ibid., p. 141.
407 GRAU, 2017, p. 141.
408 Ibid., p. 142.

"O planejamento, assim, não configura modalidade de intervenção"[409], uma vez que se trata de "um método a qualificá-la, por torná-la sistematizadamente racional"[410], de acordo com a perspectiva de Eros Roberto Grau.

5.3 Noção de Serviço Público

Para Eros Roberto Grau, a noção de serviço público "há de ser construída sobre as ideias de coesão e de interdependência social"[411], ou seja, pela forma de colocar o assunto, já se verifica que a principal influência de seu pensamento é a doutrina francesa de Léon Duguit.

Ressalta-se, entretanto, não se desconhecer que alternativamente Eros Roberto Grau admitiu a concepção de Ruy Cirne Lima, na qual "observa-se a influência marcante da ciência jurídica alemã e dos seus jurisconsultos"[412].

Importa trazer sua lição mais precisa sobre o que ele entendeu por serviço público, quando se constatará expressamente as influências acima mencionadas, consoante segue:

> qualquer atividade cuja consecução se torne indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) - ou, em outros termos, qualquer atividade que consubstancie serviço existencial relativamente à sociedade (Cirne Lima)[413].

Dessa citação, embora se admita alternativamente a influência de Cirne Lima, o qual foi influenciado pela doutrina alemã, vê-se que a central inspiração do pensamento de Eros Roberto Grau sobre serviço público foi francesa, especificamente, Duguit.

Após essa pequena introdução, importa analisar mais profundamente o discurso do próprio Eros Roberto Grau sobre esse assunto.

Primeiro, ele destaca que não há um conceito de serviço público, nem haverá, por se tratar de uma noção, que variará inevitavelmente ao longo do espaço-tempo, cabendo a cada Constituição conferir-lhe elementos e critérios[414], afinal, "a noção [...] pode definir-se como o esforço sintético para produzir uma ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas"[415]. Em outros termos, ele admite que a crise do conceito de serviço público é insuperável.

---

409 Ibid., p. 144.
410 Ibid., p. 144.
411 Ibid., p. 129.
412 PASQUALINI, Paulo Alberto. **Ruy Cirne Lima**: Jurista e professor emérito. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2003. v. 23. p. 195.
413 GRAU, op. cit., p. 129.
414 GRAU, 2017, p. 119.
415 Ibid., p. 128.

Eros Roberto Grau[416] explicou, também, que é o interesse social que justifica a atuação estatal na atividade econômica em sentido amplo, ao passo que a intervenção direta na atividade econômica em sentido estrito exige o relevante interesse coletivo e o imperativo da segurança nacional.

Ele propõe, além disso, que o serviço público possui diversos regimes jurídicos, não apenas um. Ou seja, a atuação estatal nesse domínio econômico pode acontecer em regime de privilégio de exclusividade ou em regime de privilégio sem exclusividade, mas nunca será em regime de igualdade de competição[417].

Distinguiu, ainda, os serviços públicos entre privativos e não privativos, exemplificando estes como a saúde e a educação, da seguinte forma:

> [...] o que torna os chamados serviços públicos não privativos distintos dos privativos é a circunstância de os primeiros poderem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, ao passo que os últimos apenas poderão ser prestados pelo setor privado sob um desses regimes[418].

Nesse âmbito de serviço público, o referido autor não incluiu a intervenção direta do Estado no domínio econômico em sentido restrito, o qual é de titularidade privada, por meio da participação ou da absorção.

Devido à influência de Léon Duguit acerca da noção de serviço público tal qual entendida por Eros Roberto Grau, importa analisar a seguir a perspectiva daquele jurista francês, que possui uma concepção bem diversa, já que propõe a substituição da ideia de soberania, ligada aos regimes absolutistas, por serviço público.

León Duguit trata, inicialmente, do poder público soberano, analisando as diversas doutrinas existentes.

Analisou, primeiro, a concepção do Estado patrimonial, quando o poder público soberano se centrava unicamente na titularidade de uma única pessoa[419], argumentando que desde aquela época que ele havia elaborado a análise já havia sido unanimemente abandonada[420].

---

416 Ibid., p. 127.
417 Ibid., p. 134.
418 Ibid., p. 118.
419 DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**: Tomo I. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C, Éditeurs, 1927, p. 597, tradução nossa.
420 Ibid., p. 618.

Sobre a doutrina romana da soberania, ensinou que "o poder público é um direito em que o povo romano é o seu proprietário, mas pode delegar esse direito a um homem [...]. Este poder público compreende dois atributos essenciais, o *imperium* e a *potestas*"[421].

Acerca da doutrina francesa, destacou que a "nação, sujeita ao direito do poder público, da soberania, delega o exercício aos governantes que são seus representantes"[422].

Noutro giro, "a doutrina alemã não distingue assim a nação e seus representantes. Ela afirma que o titular originário e único da soberania é o Estado como tal"[423]. Qualificou todas essas doutrinas de metafísica do Estado[424].

Ocorre que, a seguir, sentenciou que há inúmeros riscos, inclusive de arbitrariedades, na adoção de quaisquer dessas teorias relativas à soberania, uma vez que dizer que o poder público é de criação divina ou popular é afirmação de mesma ordem e de mesmo valor, quer-se dizer, valor igual a zero, porque ambos são indemonstráveis[425].

A importância dessa análise para melhor compreender a noção de serviço público decorre da circunstância de que, diante da crítica realizada à soberania, necessitou-se da noção de serviço público para preencher a lacuna. Nesse sentido, segue transcrição:

> No interior da nação, dentro dos limites do território ocupado por essa nação, os governantes, diferenciados dos governados por monopolizarem a força, devem usar essa força para organizar e controlar o funcionamento dos serviços públicos. Assim, os serviços públicos são um dos elementos do Estado [...]
> O estado não é, como foi desejado, e, como foi acreditado por algum tempo que era, um poder que comanda, uma soberania. É uma cooperação de serviços públicos organizada e controlada por governantes[426].

Esses debates acima não foram trazidos por Eros Roberto Grau, mas são centrais para a compreensão da noção de serviço público de León Duguit, assim como, enriquecem a crítica que se faz a conceitos centrais do direito administrativo incorporados acriticamente como discricionariedade. Há outros temas, entretanto, na teoria de Duguit, logicamente correlacionados com essa primeira crítica, que demonstram a mencionada influência do jurista francês sobre o brasileiro, os quais nos próximos parágrafos serão analisados.

---

421 Ibid., p. 595.
422 Ibid., p. 612.
423 Ibid., p. 612.
424 Ibid., p. 618.
425 Ibid., p. 649, 651.
426 DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**: Tomo II. 2. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C, Éditeurs, 1923, 54.

Por exemplo, os governantes possuem o dever de empregar seu poder para garantir a realização dos serviços públicos de forma absolutamente contínua. Afinal, a "continuidade é uma das características essenciais do serviço público"[427].

Mas, também a noção de serviço público, ao invés de conceito, trazida por Eros Roberto Grau para o direito brasileiro, foi adotada por influência de Léon Duguit, consoante segue:

> Mas quais são as atividades cujo cumprimento é uma obrigação para os governantes? Para esta questão, não se pode fazer uma resposta fixa. Isso é essencialmente variável, evolutivo em primeiro lugar.
> [...]
> Tudo o que se pode dizer é que, à medida que a civilização se desenvolve, o número de atividades capazes de servir de suporte aos serviços públicos aumenta e o número de serviços públicos aumenta[428].

Ainda assim, similarmente a Eros Roberto Grau, Léon Duguit[429] também trouxe exemplos de serviços públicos privativos (defesa externa, guerra, polícia, justiça) e serviços públicos não privativos (ensino e assistência).

O mais importante da concepção desse jurista francês não é, portanto, o conceito de serviço público, assim como a sua extensão, mas entender que o "serviço público é o fundamento e o limite da autoridade governamental"[430], abandonando a soberania do poder público. E, nesse aspecto, é precursora sua doutrina das críticas contemporaneamente realizadas, uma vez que diversos conceitos de direito administrativo ainda amplamente utilizados estão em processo de questionamentos justamente por corresponder a atavismos históricos de um período autoritário, a exemplo de soberania e discricionariedade[431].

Outra perspectiva, influenciada pelos doutrinadores da Alemanha, é trazida por Ruy Cirne Lima, quem, ao tratar do tema serviço público, destacou que consiste em "todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa"[432].

Na verdade, assistência vital, serviço existencial ou existência vital consistem meramente em traduções literais de uma expressão alemã que, nos documentos da União Europeia e do Conselho da Europa, é traduzida por serviço público. São, assim, conceitos extremamente relacionados ou, até mesmo, intercambiáveis.

---

427 DUGUIT, 1923, p. 56.
428 Ibid., p. 56.
429 Ibid., 1923, p. 57/58.
430 Ibid., p. 56.
431 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 207.
432 LIMA, Ruy Cirne. **Princípio de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1964, p. 82.

De qualquer modo, uma ressalva importante ao conceito de serviço existencial acima destacado elaborado por Ruy Cirne Lima já se demonstra evidente, consoante estudos de Léon Duguit e Eros Roberto Grau, qual seja, há serviços públicos não privativos. Isso significa que são prestados pelos particulares. Por exemplo, a assistência aos necessitados é prestada por grupos de pessoas diariamente sem qualquer atuação estatal, que muitas vezes até a estimula.

Por outro lado, há temas relevantes trazidos pela doutrina do serviço existencial de Ruy Cirne Lima[433]. Um deles é a garantia do "não-predomínio do intuito de lucro, do que se resulta, para as empresas concessionárias de serviços públicos, a limitação de suas possibilidades com esse endereço a uma justa retribuição do capital". Tal concepção, entretanto, está longe de ser a prática dos poderes constituídos na elaboração da política tarifária prevista no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição.

Entretanto, ainda que longe da prática e sem previsão constitucional expressa nesse sentido, a própria noção que se tem de serviço público conduz à necessidade de ampliação de seu campo de atuação mesmo em regiões em que não haja lucro. Por exemplo, fornecimento de água, gás, eletricidade, aeroportos, não se deve esperar que eles sempre deem lucros, mas sim que prestem um serviço existencial para a própria sociedade. Não à toa, não estão ao arbítrio da finalidade lucrativa de empresa, mas sim no campo da assistência vital.

Outra relevante contribuição de Ruy Cirne Lima é pela identificação de um campo para além do serviço público privativo (fornecido diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão) e o serviço público não privativo, qual seja, o dos serviços existenciais indeclináveis, cuja extensão apontada foi a seguinte:

> Em primeiro lugar, entre eles avultam os da atividade jurídica. Declarar o direito, manter a ordem internamente, defender o país contra o inimigo externo, distribuir justiça são funções que o Estado a ninguém pode confiar. [...] Isso acontece quanto aos serviços que não comportam especulação lucrativa, e quanto aos que possam exigir coação física sobre os administrados[434].

Embora não tenha adotado a noção de serviço público expressamente como Eros Roberto Grau, reconheceu também que "trata-se, pois, de conceito essencialmente variável no tempo e no espaço"[435].

Um dos pesquisadores que realizou pormenorizada pesquisa sobre o tema da busca por um conceito material do serviço público foi Sylvio Santos Faria, quem incursionou pelas mais diversas noções de serviço público ao constatar que nada era "mais controvertido hoje do que

---

[433] Ibid., p. 83.
[434] LIMA, 1964, p. 84.
[435] Ibid., p. 85.

a noção de serviço público, que é, em última análise, uma decorrência da modificação qualitativa e quantitativa das finalidades do Estado"[436].

Em seus estudos, chegou a sugerir um "conceito material de serviço público, capaz de precisar e identificar a sua existência onde quer que se encontre"[437].

Ainda que se concorde com o serviço público ser uma noção variável no tempo e no espaço e, em decorrência disso, ser de difícil conceituação de forma similar ao apontado expressamente por Léon Duguit e Eros Roberto Grau, por ser uma proposta séria fundada no aprimoramento da doutrina francesa do jurista Marcel Waline, merece análise detalhada a perspectiva de Sylvio Santos Faria. Nesse sentido, o primeiro elemento do serviço público no seu conceito é que ele é uma prestação de uma atividade, como segue:

> Antes de tudo, o serviço é uma prestação de atividade, seja ela feita pelo Estado, por um órgão estatal territorialmente descentralizado, por um órgão funcionalmente descentralizado ou, mesmo, pelo particular. Pouco importa, pois, a natureza do órgão[438].

Esse seu primeiro elemento merece destaque por corrigir uma falha na definição de Ruy Cirne Lima, já que reconhece expressamente que o particular pode prestar serviço público. Exemplificou-se o equívoco naquele momento com a assistência aos necessitados, mas pode-se incluir o ensino e a saúde também no rol de serviços públicos não privativos.

Não para, entretanto, nesse elemento, afinal, a prestação de qualquer atividade estaria incluída em serviço público, o que não se aceita. Nesse sentido, ele complementa, ao afirmar que o "outro elemento do conceito é de natureza teleológica e se refere à satisfação de uma necessidade pública através daquela prestação de atividade"[439].

Serviço público, portanto, para Sylvio Santos Faria[440], consiste em uma prestação de atividades destinada a atender uma necessidade pública, ou seja, "aquela sentida por um grupo de pessoas não conhecidas individualmente".

Por mais que pretenda ser um conceito de cunho material apto a resolver a questão, na verdade, verifica-se que há uma mera transferência dos problemas que envolvem a delimitação do serviço público para as questões acerca da necessidade pública.

Por exemplo, os serviços fornecidos por empresas de redes sociais como Facebook ou Whatsapp são uma necessidade sentida por um grupo de pessoas não conhecidas individualmente? Outra questão que se pode fazer é sobre sites facilitadores de compras como

---

436 FARIA, Sylvio Santos. **Aspectos da parafiscalidade**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1955, p. 85.
437 Ibid., p. 85.
438 Ibid., p. 85.
439 FARIA, 1955, p. 85.
440 Ibid., p. 85.

Olx.

Sem dúvidas que não há, na verdade, como pretender a existência de um conceito material de serviço público a ser aplicável de forma atemporal, mas apenas analisá-lo tal qual uma noção, ou seja, reconhecendo a sua variação no tempo e espaço.

Ainda que com fins diversos, uma pesquisa que tangencia resultados positivos acerca do conceito de serviço público foi feita por Rui Barbosa, ainda no ano de 1904, o qual elaborou minucioso parecer sobre o monopólio ou privilégio de exclusividade na exploração do serviço público de gás e eletricidade demonstrando conhecimento jurídico que lhe é peculiar[441]. Fundamentou-se principalmente na legislação, doutrina e jurisprudência americana[442], mas também inglesa[443], italiana[444], belga[445] e francesa[446].

Apontou que, mesmo nos países mais afeitos à proibição do monopólio e do privilégio de exclusividade, nos serviços públicos de distribuição de água, gás e energia elétrica, haveria um monopólio de fato ou, até mesmo, o privilégio de exclusividade juridicamente instituído. Consistiam, assim, em campo econômico condizente com o chamado monopólio natural[447]. Segue sua constatação da época:

> Onde, porém, ali não domina o monopólio concentrado na administração municipal, o que vigora, na generalidade dos casos, não é a concorrência, mas o monopólio exercitado pelas companhias[448].

Diante, entretanto, desses setores de serviço público em que o monopólio ou o regime de privilégio de exclusividade é inevitável, seja público ou privado, Rui Barbosa, que nada tinha de adepto de dirigismo do Estado na economia, foi categórico ao afirmar a oportunidade e conveniência de sua exploração por ente governamental, nos seguintes termos:

> Não obstante, quanto ao gás, ainda não logrou prevalecer, naquele país, o regime do monopólio municipalizado. Reina o monopólio, mas, por via de regra, nas mãos das grandes companhias[449].

Tal argumento, entretanto, é mais um ideal político exposto no seio de seu parecer, não uma análise propriamente jurídica, uma vez que sob a ótica do direito se limitou a admitir a constitucionalidade do monopólio de tais atividades, consoante segue:

---

441 BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**: Trabalhos jurídicos - pareceres. v. XXXI. t. II. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1904, p. 205/206 e 246/247.
442 Ibid., p. 216/232.
443 Ibid., p. 212/216.
444 Ibid., p. 239/240.
445 Ibid., p. 241/242.
446 Ibid., p. 237/239.
447 BARBOSA, 1904, p. 234, 236.
448 Ibid., p. 241.
449 Ibid., p. 240.

> Em presença desses fatos jurídicos, a cuja lição não descobrimos contradita séria, não poderíamos insistir pela nossa antiga averbação de inconstitucionalidade ao monopólio da distribuição coletiva da luz elétrica[450].

Uma questão terminológica há de ser reafirmada. Naquela época de Rui Barbosa, em seus estudos comparados, ora se usava a expressão monopólio ora privilégio de exclusividade. A diferença, já vista conforme ensinamento de Eros Roberto Grau, consiste em o monopólio acontecer no domínio econômico de titularidade privada, ao passo que o regime de privilégio de exclusividade incide no domínio econômico de titularidade pública.

De qualquer modo, embora haja tais ressalvas terminológicas menos controversas no direito da atualidade, para melhor representar o fenômeno estudado, não se pode desprezar por completo os estudos da tradição jurídica do serviço público, os quais serão úteis para conclusões do presente trabalho. Com esse objetivo, para fins de definição da expressão serviço público, o jurista baiano inspirou-se no francês Hauriou, considerando que:

> Pode-se definir o serviço público, pelo que toca à sua forma : organização gerida por uma administração pública, ou em nome de uma administração pública, no intuito de satisfazer a uma necessidade coletiva; - pelo que respeita à sua matéria : todo o serviço que, tendo-se de fazer público, é de interesse geral organizar como coisa pública[451].

Na verdade, a inovação de Rui Barbosa talvez tenha sido em buscar sintetizar a doutrina francesa com ideias expostas em outros julgados ou doutrina de uma ampla gama de países, consoante citado e explicado em seu parecer. Indicou, assim, o referido jurista que o fornecimento de gás, água e eletricidade eram serviço público por terem necessariamente de utilizar-se anormalmente de recursos públicos que lhes eram inevitáveis, a exemplo de rua, poste, cabos. Segue sua transcrição:

> Caber-lhe-á, porém, essa qualificação ainda naquela parte do serviço, que se emprega em prover de gás ou eletricidade iluminante as casas particulares? Seguramente, desde que se não pode operar senão ocupando o subsolo ou o sobressolo das ruas, o seu espaço aéreo, com os canos, postes e fios, isto é, desmembrando e exercendo, por delegação da autoridade[452].

Essa argumentação de Rui Barbosa foi uma das poucas concepções concretas sobre a extensão de serviço público para além de conceitos jurídicos indeterminados, trazendo a característica de prestação administrativa que utilize anormal e permanentemente recursos públicos como os exemplos por ele dados (luz, água, eletricidade), no que se pode acrescentar ainda internet cabeada, tv a cabo, telefone. Mais, a utilização de ondas de radiofrequência

---

[450] Ibid., p. 243.
[451] Ibid., p. 233.
[452] Ibid., p. 233.

consiste igualmente em uso anormal e permanente de recurso público, no que o celular, o rádio e a televisão se enquadram.

Mais precisas ainda são suas observações sobre a moeda ser um serviço público indelegável, quando fez uma análise pertinente sobre a impossibilidade de impressão de moedas por empresas privadas estrangeiras, como pretendia o presidente de então, nos seguintes moldes:

> Ninguém ignora, sr. Presidente, bem que até isto nesta ocasião tenha sido contestado, ninguém ignora que a cunhagem da moeda é uma das prerrogativas ordinárias da soberania. [...] Grande prerrogativa, prerrogativa fundamental da soberania em todos os países independentes; tão séria, tão grave, que nunca se considerou como delegável [...][453]

Assim, mesmo que se reformule completamente o direito para fins de precisão metodológica ou linguística, os estudos realizados por renomados juristas acerca do regime jurídico de cada um dos institutos jurídicos pretéritos não podem ser desconsiderados. Nesse sentido, dúvidas não restam que a moeda, ao menos no Brasil, desde sempre e ainda hoje, é um serviço público de competência exclusiva da União, por óbvio, vinculado diretamente à soberania e insusceptível de delegação mínima que seja (Art. 21, inciso VII, da Constituição).

Afinal, caso o Poder Constituinte tivesse pretensão de conferir competência ao poder constituído, reitera-se, seja legislativo ou executivo, para "explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão"[454], assim teria indicado, como o fez expressamente no art. 21, inciso XII, da Constituição, por exemplo

Ademais, cumpre destacar ensinamento de Edvaldo Brito[455], para quem a "moeda é uma instituição social de natureza pública e, por isso, a sua regulamentação é de Direito Público. É objeto de monopolização do Estado e tem curso forçado no respectivo território".

Assim, a partir do próprio curso forçado deferido, não é admissível que reste a sua atividade terceirizada, privatizada ou internacionalizada. Afinal, em qualquer dessas hipóteses, a fiscalização estaria prejudicada, no que se conclui com Ruy Barbosa[456]: "Quem pode, quem nos poderá garantir a nós, a nossa circulação monetária contra o dilúvio de moedas [...]?".

---

453 BARBOSA, Ruy. **Commentarios á Constituição Federal Brasileira**. v. II. Ordenação: Homero Pires. 1933, p. 233.

454 BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jul. 2018.

455 BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 121.

456 BARBOSA, 1933, p. 238.

5.4 Administração Intervencionista vs Administração Prestacional e a Adaptação da Teoria Alemã da Assistência Vital ao Modelo Brasileiro

Ernst Forsthoff, em seus estudos, acreditou que a República Federal da Alemanha era um paradigma de destaque da sociedade industrial. Nesse sentido, caso realmente se considere tal afirmativa verdadeira, com muita razão, a perspectiva alemã é útil para analisar a situação da atual República Federativa do Brasil. Afinal, ambos países passaram por uma circunstância similar, sendo que naquele os nós górdios que a doutrina brasileira enfrenta seriam mais destacados. Segue lição que torna clara a opinião daquele jurista alemão sobre o seu país ser um "paradigma do Estado da sociedade industrial":

> A República Federal da Alemanha surgiu em circunstâncias que a expõem às repercussões da sociedade industrial em maior medida do que a maioria dos Estados contemporâneos. Isso justifica considerar a República Federal da Alemanha como o paradigma do estado da sociedade industrial[457].

Tal sociedade industrial é, entretanto, cronologicamente demarcada, uma vez que essa nova feição do Estado e da sociedade se acentuoue durante ou após a Primeira Guerra Mundial. Ou seja, passou a haver um Estado em que a economia não é mais liberal, uma vez que já não acontecem em absoluto as condições para um funcionamento autônomo da economia. Forsthoff[458] foi categórico em reconhecer tal situação:

> A era da autonomia econômica foi para sempre. Logo se tornou uma ilusão de que a economia de guerra e a interferência do Estado que apareceram sob a Primeira Guerra Mundial eram apenas fenômenos temporários causados por circunstâncias bélicas. Mesmo quando o estado, no final da guerra, gradualmente renunciou aos seus laços com a economia, isso não significou um retorno à ordem liberal, na qual a economia é independente do Estado e deve enfrentar seus próprios riscos, uma vez que as condições para um funcionamento autônomo da economia não foram mais se davam.

Importa, nessa senda, entender o motivo da necessidade de intervenção do Estado no âmbito econômico. Afinal, a sua causa não foi um agigantamento desproporcional do papel das atividades estatais contra as dos particulares. Ao contrário, foi justamente o aumento de poder social provocado pela industrialização que originou tal ampliação. Nesse sentido, o "aumento do poder social provocado pela industrialização levou o absurdo à concepção liberal de uma sociedade auto-estabilizada, livre de intervenção estatal"[459].

Ou seja, diante de um poder social maior, um agigantamento das forças de produção, da industrialização, não poderia em qualquer hipótese o Estado restar inerte. Necessitou naquele

---

457 FORSTHOFF, Ernst. **El Estado de la sociedad industrial**. Traducción de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 07, tradução nossa.
458 Ibid., p. 21.
459 Ibid., p. 30.

país reagir ao crescimento dos poderes sociais. Segue constatação de Ernst Forsthoff[460] (1975, p. 30/31):

> É um erro, ainda difundido, pensar que a expansão da competência estatal na esfera social envolve necessariamente uma expansão do princípio da estatização. Na realidade, as coisas são muito mais complexas. A expansão das competências estatais na esfera da sociedade pode ser simultaneamente um sintoma de força e um sintoma de fraqueza.

Destacar essas circunstâncias apenas interessa para justificar, do ponto de vista jurídico, a análise da doutrina alemã sobre seus termos correlatos ao que se chama serviço público nos países de tradição francesa. Não se duvida, entretanto, de peculiaridades brasileiras. Por exemplo, o desenvolvimento brasileiro não decorreu de uma ampliação das forças sociais de produção de forma independente da atuação do Estado no domínio econômico. Na verdade, ao contrário, ele foi realmente decorrente da atuação estatal. Nesse sentido, cumpre observar um exemplo trazido por Orlando Gomes[461]:

> Ninguém ignora que a industrialização de um país essencialmente agrícola não é possível sem disposições legais que protejam os produtos nacionais de similares estrangeiros.

Com o objetivo de uma doutrina jurídica brasileira sobre a noção de serviço público que respeite as peculiaridades históricas das aspirações socioculturais da sociedade civil brasileira reconhecidas na Constituição jurídica, mas inspirada na alemã, analisar-se-ão primeiramente as consequências dessa circunstância da sociedade industrial em Forsthoff e, em seguida, a concepção de Edvaldo Brito influenciada por ele.

Forsthoff para melhor explicar a natureza dessa nova administração pública propôs a divisão de sua atuação em duas noções. Primeiro, a "administração intervencionista"[462], em que se inserem "os esquemas tradicionais da atividade de poder de polícia ou intervenção"[463].

Segundo, as prestações administrativas, nas quais há toda uma gama de serviços prestados à população, a qual ele chamou de "administração prestacional"[464], surgida em virtude de "a moderna forma de vida do indivíduo só ser concebível na medida que a Administração estatal venha à ajuda do comportamento existencial do indivíduo"[465].

---

460 Ibid., p. 30/31.
461 GOMES, Orlando. **Direito e desenvolvimento**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1961, p. 35/36.
462 FORSTHOFF, Ernst. **Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania**. [S.I.]: Publicaciones del Centro de Formacion y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1966, p. 38, tradução nossa.
463 Ibid., p. 36.
464 Ibid., p. 36.
465 Ibid., p. 36.

O campo da prestação administrativa, segundo o referido jurista alemão, é um novo conjunto de atividades do Estado moderno, que "não pode ser libertado de nenhuma maneira dessa tarefa, uma vez que o bem-estar de todos depende disso"[466] (FORSTHOFF, 1975, p. 32).

Na verdade, mesmo as mais tradicionais prestações administrativas foram enquadradas nesse campo de novas formas de atuação do Estado moderno diante da sociedade industrial, que exclui "idosos, enfermos, pobres"[467] (FORSTHOFF, 1966, p. 27). Em outros termos, diante dessa realidade excludente, o Estado há de garantir a existência vital por meio da administração prestadora com a finalidade de promover a igualdade social, a qual é, diz Forsthoff[468] (1966, p. 27), "a função complementar mais importante que o Estado tem de realizar frente à sociedade industrial".

Mais incisiva ainda é a situação das instituições de ensino. Ao partir da constatação de que a sociedade industrial demanda mão de obra extremamente qualificada para fazer frente às novas exigências do mercado, ele entendeu que ao Estado incumbia a prestação de atividades administrativas nesse campo tanto para promover o desenvolvimento nacional quanto o bem-estar social, consoante segue lição de Forsthoff[469] (1966, p. 27/28):

> A sociedade industrial moderna faz novos empregos muito rapidamente. Para o seu desempenho, uma formação profunda é essencial.
> A sociedade exige compreensivelmente que o estado aumente as escolas, aumente as escolas técnicas, aumente as universidades para responder a essas necessidades [...].

Em outros termos, consoante já ensinou também Eros Roberto Grau[470], com a finalidade "de constituir e preservar o modo de produção, certas premissas de existência contínua hão de ser realizadas", exemplificando que o Estado "assegura as premissas dentro da economia global - tais como educação, transportes e comunicações".

Constata-se que essa atuação do Estado no domínio econômico consiste realmente em um estado dualista, uma vez que visa a promover tanto desenvolvimento econômico como o bem-estar social, mas sem inviabilizar a existência do mercado, ao contrário, fortalecendo-o.

Após adotar linha influenciada pelo pensamento de Ernst Forsthoff, Edvaldo Brito elaborou pesquisa com objetivo de, inicialmente, resolver a crise da noção de serviço público decorrente da ampliação das atividades do Estado para atender às necessidades do homem moderno.

---

466 FORSTHOFF, 1975, p. 32.
467 FORSTHOFF, 1966, p. 27.
468 Ibid., p. 27.
469 Ibid., p. 27/28.
470 GRAU, 2017, p. 18.

Tradicionalmente, ele apontou que o serviço público se referia às atividades estatais para atendimento de necessidade coletivas consideradas públicas por serem de interesse geral. Entretanto, afirmou que o surgimento do Estado dualista do bem-estar e do desenvolvimento fez essa noção entrar em crise[471].

Em resumo, há necessidades coletivas não públicas, ou seja, não atendidas pelo serviço público, mas que igualmente são de titularidade da atuação administrativa do Estado. Afinal, é certo que "lhe incumbe atender a todas as necessidades coletivas, públicas ou não"[472].

Para ele, a "Constituição brasileira respalda a atuação interventiva para conformar a ordem social. É o arbítrio conformador"[473], que se dá nos limites e mediante alguns institutos jurídicos. Dentro dessa perspectiva, classifica a intervenção do estado no domínio econômico em algumas categorias que a seguir serão analisadas.

Ao constatar uma situação similar a de Ernst Forsthoff, adotou solução parecida, ainda que com expressões um tanto quanto diversas. Afinal, entendeu que melhor seria substituir a noção do serviço público por prescrições administrativas e prestações administrativas fornecidas aos particulares. Como segue:

> Temos entendido que melhor será substituí-la pela noção de prestações administrativas fornecidas a particulares, a qual, ao lado das prescrições administrativas, será capaz de absorver todas as relações do Estado com os indivíduos nessa sociedade de massa em que se constitui a cidade moderna, expressão do fenômeno atual conhecido como explosão urbana.
> O moderno Estado de massas, sujeito de prestações, partícipe da vida econômica como produto ou distribuidor de bens para o atendimento das necessidades da assistência vital, é, tipicamente, intervencionista[474].

Para melhor compreender o seu pensamento de forma sistemática, a análise será dividida em algumas categorias, a saber, prescrições administrativas, prestações administrativas para atender interesse público, prestações administrativas da assistência vital, exploração da atividade econômica para atender imperativos da segurança nacional ou relevante interesse nacional e exploração da atividade econômica decorrentes de monopólio constitucional.

Sobre as prescrições administrativas, há de se reconhecer a impossibilidade de adoção de "meio jurídico equivalente, oferecido pelo direito privado"[475], uma vez que inexistente "equivalência entre o meio de caráter privado e o meio de caráter público"[476]. Refere-se ao que

---

471 BRITO, 2016, p. 17.
472 Ibid., p. 18.
473 Ibid., p. 105.
474 Ibid., p. 18.
475 Ibid., p. 111.
476 Ibid., p. 111.

Forsthoff chamou de "esquemas tradicionais de atividade de polícia administrativa ou intervenção"[477]. Neste campo, há vedação para atuação do estado-empresário, portanto.

Aqui haverá a participação indireta, ou seja, a intervenção indireta sobre o domínio econômico, que "ocorre quando ele atua como agente normativo e regulador da atividade econômica, típica do particular, ele exerce funções de fiscalização, incentivo e planejamento indicativo [...]"[478]

Noutro giro, há também "participação ativa nas funções da vida social"[479] pelo Estado, a qual será explicada em quatro categorias, a saber, prestações administrativas que envolvem interesse público, prestações administrativas da assistência vital, intervenção indireta supletiva ou corretiva e monopólio constitucional.

Similar à prescrição administrativa é a situação das prestações administrativas que envolvem interesse público, uma vez que "há graves razões para considerar que a atuação, com caráter público, é essencial toda vez que a prestação administrativa envolva o interesse público porque, mesmo a empresa pública será inconveniente"[480]. Nesse sentido, nem sempre se admite a incidência do direito privado no âmbito da administração prestacional. Ou seja, também aqui é vedada a atuação do estado-empresário.

Já quanto às prestações administrativas realizadas no "atendimento das necessidades da assistência vital, a administração pode utilizar-se de suas empresas econômicas"[481]. Aqui, portanto, a atuação do estado-empresário é facultativa.

Por assistência vital, noção que adota em virtude da crise da noção do serviço público diante da ampliação das atividades estatais[482], entende-se "todas as prestações estatais em favor do indivíduo e que lhe são tão essenciais que ele não tem margem para decidir se quer ou não as aceitar, como o são as de fornecimento de água, eletricidade, gás e meios de transporte"[483].

Nesse campo, a Constituição defere essa atuação sempre de forma privilegiada, ainda que a exclusividade seja uma mera possibilidade, reitera-se, não é adequado falar em monopólio aqui, uma vez que a titularidade de sua prestação é estatal, sendo possível atuação privada mediante autorização, concessão ou permissão para as discriminadas necessidades vitais dos incisos XI e XII do art. 21, CF.

---

477 FORSTHOFF, 1966, p. 36.
478 BRITO, Edvaldo. **Direito tributário** : imposto, tributos sinalagmáticos, contribuições, preços e tarifas, empréstimo compulsório. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 182.
479 BRITO, 2016, p. 106.
480 Ibid., p. 111.
481 Ibid., p. 19.
482 Ibid., p. 17.
483 Ibid., p. 106.

Nesse âmbito das prestações administrativas para atender a assistência vital, cumpre destacar que não haverá liberdade de formas, quer-se dizer, atuando o Estado, devido ao inevitável regime de privilégio que ele possui destacado por Eros Roberto Grau anteriormente, apenas poderá agir sob a empresa pública, jamais por sociedade de economia mista. Segue transcrito ensinamento de Edvaldo Brito[484] sobre o assunto:

> [...] necessário é advertir que, enquanto o patrimônio da empresa pública é constituído por valores exclusivamente públicos, o da sociedade de economia mista é composta por valores oriundos também do patrimônio privado, por isso, o seu objeto, ao contrário daquele da empresa pública, não pode ser o de oferecimento de prestações administrativas.

Destaca-se, entretanto, uma exceção à limitação exposta por Edvaldo Brito, qual seja, a possibilidade de uma sociedade de economia mista obter a melhor proposta em procedimento licitatório para oferecimento de prestação administrativa no campo de atendimento da assistência vital.

Para além da assistência vital, a intervenção estatal participativa pode ser "direta, por imperativo da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, submetendo-se o poder público ao regime jurídico próprio das empresas privadas porque se pressupõe a competição e a atividade estatal é a prestação"[485]. Aqui a atuação é "supletiva e corretiva"[486].

Por fim, há o monopólio estatal de atividade privada, não propriamente de assistência vital, cujas hipóteses estão previstas constitucionalmente de forma expressa e exaustiva no art. 177, incisos I a V, uma vez que "a alternativa à regra geral de organização da economia, pela iniciativa privada (livre iniciativa), é o monopólio, somente deferido à União"[487].

5.5 Regimes Jurídico-Constitucionais das Empresas Estatais: serviço público, monopólio e intervenção no domínio econômico em sentido estrito

Do explicado até o momento, restou consolidado que o ordenamento jurídico do ponto de vista constitucional possibilita a existência, para as empresas estatais, de três regimes jurídicos diversos, a saber: serviço público, monopólio e atividade econômica em regime de competição com a iniciativa privada.

Embora se tenha muito procurado definir os limites de cada um dos campos acima do ponto de vista conceitual, na verdade, apurou-se que a natureza do serviço público apenas pode

---

484 BRITO, 2016, p. 110.
485 BRITO, 2015, p. 182.
486 BRITO, 2016, p. 106.
487 Ibid., p. 108.

ser observada sob a ótica de cada Constituição. Por consequência, os demais setores da intervenção do Estado na economia por meio de empresas estatais seguem a mesma diretriz.

O primeiro campo, o do serviço público, compreende o regime jurídico previsto no Art. 175, da Constituição, o qual afirma que incumbe "ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos"[488].

Essa é a atividade econômica de titularidade do Estado. A regra, portanto, é que ele próprio a preste diretamente, inclusive, por meio de empresas estatais nas hipóteses em que houver institutos de direito privado compatíveis com as finalidades.

Entre o rol de serviços públicos federais com atuação de estatais, há de se destacar o serviço postal e o correio aéreo nacional previsto no Art. 21, inciso X[489], o qual é realizado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), em regime de exclusividade, chamado impropriamente pela legislação pertinente de regime de monopólio[490].

Ressalta-se que não há autorização constitucional para que tal serviço público não seja prestado diretamente pelo próprio Estado, portanto, ao menos mantidos os atuais termos da Constituição, resta vedada sua privatização ou concessão, permissão ou autorização para a iniciativa privada exercer as mesmas atividades.

Essa característica peculiar da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) gerou uma controvérsia jurisprudencial acerca do regime de seus empregados e a consequente exigência de formalidades para seus desligamentos. Em síntese, questionou-se se poderiam ser comparados a servidores públicos, a exigir processo administrativo com contraditório e ampla defesa para sua dispensa ou algum outro requisito menos rigoroso, a exemplo de mero procedimento administrativo sem contraditório e ampla defesa ou apenas uma motivação idônea. Havia ainda a possibilidade de inexistir qualquer restrição de direito público, já que a regra do regime jurídico das empresas estatais é a sua similitude com a iniciativa privada.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST)[491] exigiu motivação da dispensa dos

---

488 BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jul. 2018.

489 BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jul. 2018.

490 BRASIL. **Decreto-Lei n. 509, de 20 de março de 1969**. Dispõe sobre a transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0509.htm. Acesso em: 6 dez. 2018.

491 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 368006820065150068** 36800-68.2006.5.15.0068 da 7ª Turma. Relator: Pedro Paulo Manus. Brasília, 08 de junho de 2011. Data de Publicação: DEJT 17/06/2011. Disponível em: https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19751608/recurso-de-revista-rr-368006820065150068-36800-6820065150068. Acesso em: 7 dez. 2018.

empregados da empresa estatal Correios apenas em virtude do regime jurídico atípico que lhes incide, já que seus bens são impenhoráveis e submetidos a precatório, ou seja, entendeu que a "validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório"[492]. Na verdade, destacou que a sua situação era tão peculiar que havia ainda "prerrogativas de foro, prazos e custas processuais"[493] a justificar a maior incidência de restrições dos princípios de direito público.

O Supremo Tribunal Federal (STF) afastou essa comparação entre os Correios e a fazenda pública para fins de justificar a necessidade de motivação, sustentando que ela decorria do ingresso mediante concurso público em empresas estatais prestadoras de serviços públicos, ou seja, em razão dos "princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada"[494], já que se deve assegurar "que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa"[495].

O Supremo Tribunal Federal (STF), assim, não distinguiu o regime jurídico dos Correios de outras tantas empresas estatais prestadoras de serviços públicos, a exemplo daquelas de energia elétrica, portos, aeroportos, telecomunicações, ao menos na questão da necessidade de motivação para dispensa de empregados concursados.

Há uma situação curiosa, a da Casa da Moeda do Brasil, empresa pública de constituição autorizada pela Lei n. 5.895/73[496]. Importa ressaltar que a competência para o serviço público de emissão de moedas previsto no Art. 22, inciso VII, da Constituição, é privativa do Banco Central do Brasil, nos termos do seu Art. 164[497]. Não poderia, na verdade, ser diferente, essa

---

[492] Ibid.

[493] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 368006820065150068** 36800-68.2006.5.15.0068 da 7ª Turma. Relator: Pedro Paulo Manus. Brasília, 08 de junho de 2011. Data de Publicação: DEJT 17/06/2011. Disponível em: https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19751608/recurso-de-revista-rr-368006820065150068-36800-6820065150068. Acesso em: 7 dez. 2018.

[494] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 589998/PI**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de março de 2013. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806878/recurso-extraordinario-re-589998-pi-stf. Acesso em: 7 dez. 2018.

[495] Ibid.

[496] BRASIL. **Lei n. 5.895, de 19 de junho de 1973**. Autoriza o Poder Executivo a transformar a autarquia Casa da Moeda em empresa pública e dá outras providências. Disponível em: http:// http://www.planalto.gov.br/cciViL_03/LEIS/L5895.htm. Acesso em: 6 dez. 2018.

[497] BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jul. 2018.

atividade é incompatível com o regime jurídico de direito privado das estatais.

Entretanto, a finalidade da Casa da Moeda do Brasil é diversa, já que na "fabricação de papel moeda e moeda metálica e a impressão de selos postais e fiscais federais e títulos da dívida pública federal"[498], ou seja, não emite a moeda, apesar da relação de sua atuação com aquele serviço público indeclinável de interesse público.

Na verdade, entre seu rol de atividades, há também a exploração econômica em sentido estrito, uma vez que "a Casa da Moeda do Brasil poderá exercer outras atividades compatíveis com suas atividades industriais"[499], nos termos do art. 2º, parágrafo segundo da Lei n. 5.895/73.

Outro regime jurídico, também em regra de direito privado, mas que obviamente sofre incidência dos princípios de direito público em diversas matérias (orçamento, regra da licitação e concurso público), é o das empresas estatais que exploram atividade econômica de titularidade privada em regime constitucional de monopólio.

A intenção do Poder Constituinte foi conceder uma forma jurídica mais flexível para que as empresas, adotando mecanismos de direito privado, pudessem atingir as suas finalidades de forma mais efetiva, já que não haveria necessidade de tanto rigor formal.

Nesse campo, o Supremo Tribunal Federal (STF) manteve em aberto a questão sobre a necessidade de procedimento administrativo, motivação ou até mesmo nenhum requisito para a dispensa, mesmo para os que ingressaram mediante concurso.

Os resultados da presente pesquisa conduzem à necessidade de as empresas estatais que explorem atividade econômica estrita ou monopólio constitucional de obedeceram a princípios de direito público, entre os quais, o direito fundamental à boa administração, o qual determina que os atos praticados pelos agentes públicos devem ser motivados, entre outros pontos. Portanto, há de ser cumprido tal requisito para dispensa de quaisquer empregados concursados.

Uma relevante exceção à incidência dos direitos de direito privado é trazida nos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), pois ele entende que do ponto de vista trabalhista a igualdade com os direitos e encargos de seus empregados apenas se justifica na atividade econômica em regime de competição com a iniciativa privada, portanto, é possível as empresas do regime de monopólio constitucional possuírem benefícios exclusivos, já que não prejudicaria a livre concorrência.

Importante precedente, nesse sentido, é o da decisão liminar que questionou a

---

498 BRASIL. **Lei n. 5.895, de 19 de junho de 1973**. Autoriza o Poder Executivo a transformar a autarquia Casa da Moeda em empresa pública e dá outras providências. Disponível em: http:// http://www.planalto.gov.br/cciViL_03/LEIS/L5895.htm. Acesso em: 6 dez. 2018.

499 Ibid.

constitucionalidade de uma lei que vedava a aplicação dos benefícios em termos de jornada especial de trabalho para advogados empregados de empresas estatais. Naquela oportunidade, entendeu o Supremo Tribunal Federal (STF) que seria constitucional tal restrição de direitos trabalhistas apenas nos campos dos serviços públicos e do monopólio.

Por fim, o campo da atividade econômica em competição com a iniciativa privada é aquele em que o regime jurídico das empresas estatais mais se aproxima do direito privado, sendo que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só é "permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei"[500], consoante art. 173, *caput*, da Constituição.

Na área da atividade econômica em sentido estrito está expressamente previsto ser inconstitucional a existência de qualquer benefício trabalhista decorrente dos princípios do direito público, ainda que mesmo para esse campo haja decisões de tribunais no sentido de admitir o desligamento imediato e automático aos 70 anos tal qual uma aposentadoria compulsória, ou seja, sem quaisquer verbas rescisórias.

Desse modo, o Tribunal Superior do Tribunal (TST) entendeu estar consolidada a existência de uma espécie de "aposentadoria compulsória, aos 70 anos, do servidor público estatutário ou do servidor regido pela CLT, inclusive os empregados dos demais entes estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista, etc.)"[501], a qual "extingue, sim, automaticamente seu vínculo jurídico estatutário ou empregatício com a respectiva entidade estatal"[502].

Tais precedentes não se sustentam diante da exigência do art. 173, parágrafo primeiro, inciso II, pois diz que 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"[503], na qual deve estar prevista "a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários"[504].

---

500 BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jul. 2018.

501 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 927000720085150055** 92700-07.2008.5.15.0055, da 3ª Turma. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 30 de abril de 2012. Data de Publicação: DEJT 04/05/2012. Disponível em: https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21616895/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-927000720085150055-92700-0720085150055-tst. Acesso em: 7 dez. 2018.

502 Ibid.

503 BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jul. 2018.

504 Ibid.

Em resumo, essa aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade é inaplicável às empresas estatais, especialmente, aquelas exploradoras de atividade econômica em sentido estrito por expressa exceção constitucional.

Normas de direito público ainda assim incidem obrigatoriamente nessas empresas estatais, por exemplo, concurso público, necessidade de prévia previsão orçamentária para a realização de despesas e obrigatoriedade de licitar, ainda que o faça consoante comando constitucional de maneira mais flexível. Nesse sentido, a Constituição estabelece o dever de licitar e contratar "obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública"[505].

5.6 Análise da Constitucionalidade das Disposições Preliminares do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais

A Lei n. 13.303/16 regulou, no âmbito legal, o art. 173, parágrafo primeiro, da Constituição, o qual se destina apenas às empresas estatais que explorem atividade econômica em sentido estrito, ou seja, em competição com a iniciativa privada.

A legislação ampliou, entretanto, seu campo de incidência para incluir também as demais empresas estatais, independentemente de seu regime jurídico ser de serviço público, monopólio ou atividade econômica em sentido estrito.

Essa finalidade de um estatuto jurídico único das empresas estatais restou evidente já no art. 1º, assentando que a lei "dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista"[506] ou seja, incidirá "ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos"[507]. Portanto, o seu objetivo é evidente.

Há, assim, algumas disposições preliminares de natureza geral que merecem análise, com a finalidade de verificar a compatibilidade constitucional.

De um lado, a legislação regula, no art. 2º, que a "exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de

---

505 BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jul. 2018.

506 BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.

507 Ibid.

suas subsidiárias"[508]. Ainda no mesmo artigo, no parágrafo primeiro, fica evidenciado que a "constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional"[509], o que meramente repete norma constitucional.

Sem maiores controvérsias também são os artigos 3º, em que se conceitua a empresa pública como "entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios"[510].

Mesma ausência de ressalvas está no Art. 4º, o qual cuida da definição da sociedade de economia mista, também uma "entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei"[511], mas com será necessariamente instituída "sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta"[512].

Reconhece-se, assim, até por essas disposições preliminares do estatuto jurídico das empresas estatais instituído pela Lei n. 13.303/16 serem bastante genéricas, não violam nenhum dos regimes jurídico-constitucionais das empresas estatais, entretanto, o art. 173, parágrafo primeiro, da Constituição não se encontra plenamente regulado por essa legislação, ensejando ainda a atuação integrativa da jurisprudência.

Por outros argumentos, o presente estudo conclui similarmente a Marçal Justen Filho, no sentido de que o "modelo consagrado na Lei 13.303 não é incompatível com a Constituição, ainda que possa ser heterodoxo em face da doutrina clássica do Direito Administrativo"[513].

---

[508] BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.

[509] Ibid.

[510] Ibid.

[511] Ibid.

[512] Ibid.

[513] JUSTEN FILHO, Marçal. **A constitucionalidade da Lei 13.303/2016**: a distinção entre sociedades estatais "empresárias" e "não empresárias". Disponível em: http://www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTE3. Acesso em: 21 dez. 2018.

6 REGIME JURÍDICO DO *COMPLIANCE* NAS EMPRESAS ESTATAIS

6.1 Origem e Conceito do *Compliance*

Do ponto de vista histórico, o instituto do *compliance* surgiu no direito americano e, posteriormente, foi adotado no direito inglês, em virtude dos inúmeros casos de corrupção envolvendo as empresas multinacionais.

Nesse sentido, a "quebra da Enron, a condenação da Andersen e a bancarrota da WordCom definem o que tem sido chamado de um período histórico da ganância corporativa, enganos sem precedentes"[514].

Teria, em seguida, iniciado um novo período em que a governança corporativa e o *compliance* conseguiriam colocar os debates sobre integridade e ética nas grandes empresas multinacionais.

Ocorre que houve escândalos recentes, os quais apenas "revigoraram as indústrias de consultoria e contabilidade a partir dos gastos com compliance pós Sarbanes-Oxley 2002"[515], ou seja, intensificaram as características do período atual.

Assim, embora o presente trabalho proponha uma leitura crítica, é usualmente qualificada a "Era Enron, WorldCom e Andersen como um período de governança desleixada"[516], na qual não se exigia uma efetiva preocupação com padrões éticos e *compliance* nos negócios.

A influência do direito corporativo americano e inglês no Brasil decorre especialmente da obrigação de que as empresas transnacionais que negociem na bolsa de valores daqueles países obedeçam à sua legislação, inclusive, acerca das exigências de *compliance*.

Constata-se, portanto, que o gasto do setor privado com a busca pela conformidade é significante e crescente, destacando-se a existência de códigos "éticos, programas de treinamento éticos e outras demonstrações de liderança corporativa em ética sugerem controle interno suficiente ou autorregulação"[517].

Admitido, portanto, que esses escândalos capazes de promover "reações previsíveis aos abusos corporativos e à percepção de frouxidão regulatória, análogas ao ocorrido com as

---

514 LAUFER, William. Ilusões de *compliance* e governança. *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). **Tendências em governança corporative e compliance**. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 13.
515 Ibid., p. 13.
516 Ibid., p. 14.
517 Ibid., p. 15.

legislações anteriores após cada onda ‘sem precedentes’ de crime corporativo,”[518] impactaram inicialmente nos ordenamentos jurídicos americanos e ingleses, influenciando posteriormente os demais, importa destacar em seguida seus principais reflexos naqueles países.

No contexto americano, a Lei Sarbanes-Oxley, editada no ano 2002, objetivou conferir credibilidade à regulação do mercado de capitais com a finalidade de evitar novos escândalos decorrentes de fraudes de grandes proporções nas empresas.

Na seção 404, dispôs sobre a avaliação da gestão do controle de riscos, exigindo que a “Securities and Exchange Commission” prescrevesse regras que exigissem que cada relatório anual exigido pela seção 13 (a) ou 15 (d) do “Securities Exchange Act of 1934” passasse a conter uma análise sobre o controle interno[519].

Obrigou-se, além disso, que aquele relatório realizasse no mínimo uma declaração da “responsabilidade da administração por estabelecer e manter uma estrutura adequada de controle interno e procedimentos para relatórios financeiros”[520] e contivesse “uma avaliação, a partir do final do mais recente exercício fiscal do emissor, da efetividade da operação interna estrutura de controle e procedimentos do emissor para relatórios”[521].

Embora no contexto dos sistemas jurídicos de *civil law* espere-se uma regulação minudente em termos de regras, por essa ser uma norma jurídica elaborada nos Estados Unidos da América, um país do *common law*, com a finalidade de permitir uma flexibilidade adequada, a orientação não forneceu “uma lista de verificação de etapas que a administração deve realizar para concluir sua avaliação”[522]. Estabeleceu, desse modo, “dois princípios gerais”[523].

O primeiro princípio consiste no dever de a administração “avaliar se implementou controles que abordam adequadamente os riscos de que uma distorção relevante das demonstrações contábeis não seja evitada ou detectada em tempo hábil”[524].

Para complementar o primeiro, o segundo princípio sinaliza a obrigação de “que a avaliação da administração sobre a correta operação de seus controles seja baseada em uma

---

[518] LAUFER, 2016, p. 13.

[519] UNITED STATES OF AMERICA. **Public law 107 - 204 - july 30, 2002**. An act to protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes. Disponível em: https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ204/pdf/PLAW-107publ204.pdf. Acesso em: 2 dez. 2018, p. 789, tradução nossa.

[520] Ibid., p. 789.

[521] Ibid., p. 789.

[522] UNITED STATES OF AMERICA. Commission Guidance Regarding Management’s Report on Internal Control Over Financial Reporting Under Section 13(a) or 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934. Disponível em: https://www.sec.gov/rules/interp/2007/33-8810.pdf. Acesso em: 3 dez. 2018, p. 7, tradução nossa.

[523] Ibid.

[524] Ibid.

avaliação de risco"[525].

Seguindo esses dois princípios e o critério da razoabilidade, a "Securities and Exchange Commission" entendeu "que empresas de todos os tamanhos e complexidades serão capazes de implementar nossas regras de maneira efetiva e eficiente"[526].

Em sentido similar, o Uk Bribery Act de 2010 prevê vinte seções, sendo que duas ganham destaque para fins do presente trabalho. A seção 7 dispõe sobre as falhas das organizações comerciais em prevenir corrupção. Ela assentou que uma empresa "relevante ('C') é culpada de uma ofensa [...] se uma pessoa ('A') associada a C subornar outra pessoa que pretenda obter ou manter negócios para C, ou obter ou reter uma vantagem em a condução dos negócios para C"[527].

Aquele ato do parlamento, entretanto, reconheceu ser "uma defesa para C provar que C mantinha procedimentos adequados destinados a impedir que as pessoas associadas com C executassem tal conduta"[528]. Incumbiu, por sua vez, na seção 9, "Orientação sobre organizações comerciais que previnem o suborno", o Secretário de Estado de editar as diretrizes[529].

No seu papel de regulamentador, o Secretário de Estado para a Justiça, vinculado ao Ministério da Justiça britânico, expôs que a corrupção "destrói vidas. Suas vítimas imediatas incluem empresas que perdem injustamente"[530]. A defesa da dignidade da pessoa humana por meio do princípio da responsabilidade pessoal, portanto, é prejudicada.

Não parou aí, acrescentou, ainda, que as "vítimas mais amplas são o governo e a sociedade, diminuídos por um estado de direito enfraquecido e pelo comprometimento do desenvolvimento social e econômico"[531]. Portanto, também a promoção da dignidade da pessoa humana na sua vertente de igual consideração resta prejudica.

---

525 UNITED STATES OF AMERICA. Commission Guidance Regarding Management's Report on Internal Control Over Financial Reporting Under Section 13(a) or 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934. Disponível em: https://www.sec.gov/rules/interp/2007/33-8810.pdf. Acesso em: 3 dez. 2018, p. 7, tradução nossa, p. 5.

526 Ibid., p. 3 e 5.

527 UNITED KINGDOM. **Bribery act 2010**. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf. Acesso em: 2 dez. 2018, tradução nossa.

528 Ibid.

529 Ibid.

530 UNITED KINGDOM. **Bribery act 2010:** guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/181762/bribery-act-2010-guidance.pdf. Acesso em: 2 dez. 2018, p. 2, tradução nossa.

531 UNITED KINGDOM. **Bribery act 2010:** guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/181762/bribery-act-2010-guidance.pdf. Acesso em: 2 dez. 2018, p. 6, tradução nossa.

Embora fosse esperada uma regulamentação prescritiva a ser elaborada pelo Secretário de Estado para a Justiça, fato é que ela não ostentou tal natureza, afinal, o próprio documento destaca que a "orientação não é prescritiva e não é um documento de tamanho único"[532], ou seja, adapta-se às realidades dos diversos tamanhos de empresas existentes.

Essa circunstância apenas foi possível em virtude de a regulamentação ter sido "formulada em torno de seis princípios orientadores, cada um seguido de comentários e exemplos"[533], ou seja, não segue o modelo de regras jurídicas, inclusive, tal circunstância demonstra a sua maior adequação ao contexto britânico de *common law*.

Assim, embora "projetada para ser de aplicação geral"[534], devido ao seu caráter não prescritivo, reconheceu que a "questão de se uma organização possui procedimentos adequados para prevenir o suborno no contexto de uma ação judicial em particular é uma questão que só pode ser resolvida pelos tribunais"[535], já que deverá considerar "os fatos e circunstâncias particulares do caso"[536], sendo certo ainda que o "ônus permanecerá na organização"[537].

No entendimento do Secretário de Estado para a Justiça do Reino Unido, para uma organização comercial se beneficiar do *compliance* nos termos de uma "defesa completa"[538], há de haver procedimentos proporcionais, primeiro princípio.

Nesse escopo, os "procedimentos de uma organização comercial para evitar suborno por pessoas associadas a ela devem ser proporcionais aos riscos de suborno que ela enfrenta e à natureza, escala e complexidade das atividades da organização comercial"[539], além de também serem "claros, práticos, acessíveis, efetivamente implementados e aplicados"[540].

Medida que se impõe antes de traçar os procedimentos que serão utilizados na prevenção e repressão de atos de corrupção ou quaisquer outros que violem dispositivos normativos ou disposições do código de ética é realizar uma "avaliação inicial de risco em toda a organização"[541], sabendo que, de alguma forma, "o nível de risco estará vinculado ao tamanho da organização e à natureza e complexidade de seus negócios"[542].

---

[532] Ibid. p. 6.
[533] Ibid., p. 6.
[534] Ibid., p. 6.
[535] Ibid., p. 6.
[536] Ibid., p. 6.
[537] Ibid., p. 6.
[538] Ibid., p. 6, 8 e 15.
[539] Ibid., p. 21.
[540] Ibid., p. 21.
[541] UNITED KINGDOM. **Bribery act 2010:** guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/181762/bribery-act-2010-guidance.pdf. Acesso em: 2 dez. 2018, p. 21, tradução nossa.
[542] Ibid., p. 21.

O segundo princípio envolve o comprometimento da alta cúpula da empresa, ou seja, acionistas, diretores, conselheiros. Há de eles fomentarem "uma cultura dentro da organização na qual o suborno nunca é aceitável"[543], afinal, aqueles "no topo de uma organização estão na melhor posição para promover uma cultura de integridade"[544].

Tal posicionamento da alta cúpula deve envolver "um compromisso com tolerância zero para o suborno"[545], além de determinar que o negócio será conduzido "de forma justa, honesta e abertamente"[546] e mostrar as "consequências da violação da política para funcionários e gerentes"[547].

Outro princípio é o da avaliação dos riscos, condizente na determinação de a organização comercial avaliar "a natureza e a extensão de sua exposição a possíveis riscos externos e internos de suborno em seu nome por pessoas associadas a ela"[548], destacando, ainda, que a avaliação deve ser "periódica, informada e documentada"[549].

O quarto princípio é o da devida diligência, que consiste em a organização comercial aplicar procedimentos, "adotando uma abordagem proporcional e com base no risco, em relação às pessoas que realizam ou realizarão serviços para ou em nome da organização, a fim de mitigar os riscos de suborno identificados"[550].

O princípio seguinte é o da comunicação, que inclui treinamento, e significa que a empresa deve buscar "assegurar que suas políticas e procedimentos de prevenção de suborno sejam incorporados e compreendidos em toda a organização por meio de comunicação interna e externa, incluindo treinamento, proporcional aos riscos que ela enfrenta"[551].

Além de ser um relevante instrumento para promover uma cultura empresarial de respeito às normas jurídicas e éticas, o "treinamento fornece conhecimento e habilidades necessárias para empregar os procedimentos e acordos da organização com quaisquer problemas relacionados com suborno ou questões que possam surgir"[552].

O treinamento, para ser efetivo, deve ser "contínuo e regularmente monitorado e

---

543 Ibid., p. 23.
544 Ibid., p. 23.
545 Ibid., p. 23.
546 Ibid., p. 23.
547 Ibid., p. 23.
548 Ibid., p. 25.
549 Ibid., p. 25.
550 Ibid., p. 27.
551 UNITED KINGDOM. **Bribery act 2010:** guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/181762/bribery-act-2010-guidance.pdf. Acesso em: 2 dez. 2018, p. 29, tradução nossa.
552 Ibid., p. 29.

avaliado”[553], além do que pode vir a “ser apropriado exigir que as pessoas associadas se submetam a treinamento. Isso será particularmente relevante para pessoas associadas de alto risco”[554].

O último princípio é o do monitoramento e revisão consistente no dever de a organização comercial monitorar e revisar os procedimentos projetados para evitar o suborno por pessoas associadas a ela e fazer as melhorias sempre que necessário[555].

É possível, ainda, que para se assegurar de que está bem efetivando tal princípio, as organizações busquem “alguma forma de verificação externa ou garantia da eficácia dos procedimentos antissuborno”[556]. Nesse sentido, algumas “empresas podem solicitar um certificado de compliance com um dos padrões anti-suborno verificados independentemente”[557].

Após esse debate acerca dos antecedentes históricos com destaque para as principais disposições no direito americano e inglês, importa conceituar *compliance*, palavra que “vem do inglês, ‘*to comply*’, que significa seguir regras, instruções, normas, diretrizes ou simplesmente responder a um comando”, ou seja, “pressupõe adesão e respeito a normas e regulamentos”.

Em decorrência das preocupações que ensejaram seu surgimento, é reconhecido que, mesmo que seja correspondente à “adesão da companhia a normas ou procedimentos de determinado setor”[558], seu “objetivo primordial é o combate à corrupção”[559].

Entretanto, mesmo com essa perspectiva histórica relacionada aos grandes esquemas coorporativos de corrupção, a verdade é que *compliance* é muito mais do que mecanismos tendentes a evitá-los. Nessa perspectiva, ele “compreende o conjunto de medidas que as empresas adotam, a fim de que as regras vigentes para elas e para seus empregados sejam cumpridas, que as infrações se descubram e sejam punidas”[560].

Em outros termos, não objetiva apenas a obediência de regras e princípios contrárias à corrupção, mesmo em seu sentido mais amplo possível, mas também realizar a punição dos desvios de regras ou princípios que sejam normas jurídicas que incidam sobre a organização. Assim, por *compliance*, portanto, não se entende apenas “prevenção dos riscos, mas também a

---

553 Ibid., p. 30.
554 Ibid., p. 30.
555 Ibid., p. 31.
556 Ibid., p. 31.
557 Ibid., p. 31.
558 ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial**: uma visão prática. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p. 46.
559 Ibid., p. 46.
560 VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 350.

reação às violações das normas de conduta da empresa e das normas legais"[561].

Portanto, qualquer programa de *compliance* para ser efetivo precisa destinar-se a incorporar mecanismos de prevenção e de repressão de atos em desconformidade com as normas aplicáveis, entre as quais, estão as estatais (Constituição, legislação, decretos) e também as privadas (regulamentos internos da empresa, Código de Ética e Integridade, contratos).

Nessa linha, interessante a proposta de Carla Veríssimo[562] de avaliar sob os critérios da "presença dos elementos estruturais" e da "apuração da efetividade de seu funcionamento" o programa de *compliance* de uma companhia.

Um dos temas que chama a atenção no debate sobre o conceito de *compliance* é sua relação com a ética. A princípio, pelo debate travado até o momento, pode-se concluir que ele se destina a garantir a maior eficácia possível das normas jurídicas aplicáveis, nada mencionando sobre as normas da ética corporativa.

Essa perspectiva foi adotada por Luis Roberto Antonik[563], para quem cumprir "normas e regulamentos não diploma uma entidade como ética, pois isso é '***compliance***'".

Em suma, enquanto "a ética é assumida com espontaneidade, o ***compliance*** está relacionado à responsabilidade legal"[564]. Ainda que seja realmente uma leitura possível de ser realizada, há de se considerar que esse é o *compliance* em sentido estrito, o qual não envolve necessariamente um Código de Ética e Integridade, por exemplo.

Apesar de ele desvincular os dois campos, reconheceu que "a ética é a garantia da reputação da organização. Seus valores são respeitados com o objetivo de assegurar a sua perenidade e sobrevivência e, como não poderia deixar de ser, assegurar resultados"[565], ou seja, práticas "éticas e códigos respeitados e seguidos asseguram a governança e perenidade, fatores indispensáveis para aqueles que desejam se firmar, crescer ou se manter grandes"[566]. Ocorre que, nesses termos, apenas com auxílio da ética o compliance passaria a ser efetivo, já que bem realizar os fins sociais da empresa é um de seus deveres.

Além disso, até por o presente autor adotar uma concepção de direito que possibilita não só uma abertura para outras formas de conhecimento, a exemplo da antropologia do direito e da sociologia do direito (abordagem positivista), mas pretende a própria incorporação de seus debates por meio de uma antropologia e sociologia no direito (abordagem não positivista),

---

561 Ibid., p. 350.
562 Ibid., p. 351.
563 ANTONIK, 2016, p. XXVI.
564 Ibid., p. 46.
565 ANTONIK, 2016, p. XXV.
566 Ibid., p. XXV.

impossível negar que a ética é necessária até mesmo para interpretar os seus cânones incorporados ao conhecimento jurídico na forma de princípios.

Ressalta-se, não dá pra negar que o *compliance* está diretamente relacionado à ética em virtude principalmente da elaboração e aplicação efetiva de um Código de Ética e de Conduta ser também utilizado para atenuar punições administrativas da Lei n. 12.846/13 e a ausência de um Código de Conduta e Integridade possibilitar a punição de gestores de empresas estatais.

A elaboração e atualização desses códigos geralmente acontecerá na área de *compliance*. É possível, assim, sustentar uma definição mais ampla consistente em proceder aos mecanismos de cumprimento e integridade das normas jurídicas e éticas.

Nessa perspectiva, por exemplo, Thomas Fox[567] destaca duas modalidades de treinamento: uma baseada no ensinamento das regras que devem ser seguidas; outra, nos valores éticos adotados pela empresa.

Já Kristy Grant-Hart[568] destacou que incluía em seu procedimento de decisão duas circunstâncias em que exercia o poder de veto consistente em encaminhar à Diretoria, solicitar um parecer do setor jurídico ou simplesmente realizar tudo o possível para evitar a prática da medida sugerida. Primeiro, quando existia uma ilicitude; segundo, uma infração à norma ética.

Na verdade, a própria motivação de seus estudos e profissão já demonstram uma vinculação entre o *compliance* e a construção de um ambiente corporativo ético capaz de transformar o mundo um lugar melhor[569].

Pois bem, embora seja legítimo entender que o instituto do *compliance* consiste no conjunto de princípios, regras e técnicas utilizados para obter a conformidade ou integridade da corporação com o ordenamento jurídico vigente, prefere-se incluir normas de teor ético também no seu rol, especialmente, por meio da elaboração de um Código de Ética e Integridade que deve ser obedecido na atuação de todos os empregados da empresa.

6.2 *Compliance* na Lei do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais

O Estatuto Jurídico das Empresas Estatais previu expressamente no Art. 9º, parágrafo quarto, a obrigação de o estatuto social dispor sobre a competência de a área de *compliance* se reportar "diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do

---

567 FOX, Thomas. **Lessons learned on compliance and ethics**. [S.I.]: Ethics360, 2012, p. 85-86, tradução nossa.

568 GRANT-HART, Kristy. **How to be a wildly effective compliance officer**. London: Brentham House Publishing Company, 2016, p. 116-118, tradução nossa.

569 GRANT-HART, 2016, p. 3.

envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada"[570].

Embora apenas no parágrafo quarto do art. 9º tenha a Lei n. 13.303/16 utilizado a expressão *compliance*, sem dúvidas, que tal prática se deve ao exercício do legislador em evitar estrangeirismos, de tal sorte que ele dispõe que "a empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno"[571], no art. 9º, *caput*, sendo certo que essas são finalidades precípuas dessa área.

Para tanto, o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais não dispôs sobre como melhor realizar essa gestão de riscos e controle interno, prevendo muitas poucas normas, a exemplo de primeiro que deverá haver "ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno"[572], além de uma "área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos"[573] sem prejuízo da constituição de uma "auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário"[574].

Embora a regulação na legislação que rege o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais tenha sido bem superficial no que se trata de *compliance*, não há como negar que a atenção conferida ao Código de Conduta e Integridade, um dos campos de atuação dessa área, destoa, afinal, não se limitou a afirmar que deverá "ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade"[575], já que especificou alguns requisitos para a sua elaboração.

Primeiro, destacou que o Código de Conduta e Integridade há de prever "princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude"[576].

Acrescentou, ainda, que ele deve especificar quais são as instâncias internas responsáveis pela sua atualização e aplicação[577], além de prever um "canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do

---

570 BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.

571 Ibid.

572 Ibid.

573 Ibid.

574 Ibid.

575 BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.

576 Ibid.

577 Ibid.

Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais"[578].

O quarto requisito do referido código para que ele cumpra os requisitos da Lei n. 13.303/16 é a existência de "mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias"[579].

O Estatuto Jurídico das Empresas Estatais destacou, ainda, que o referido documento deveria prever as "sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade"[580].

Por fim, dispôs ainda que deveria haver "previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores"[581].

Assim, embora omisso sobre vários dos demais pontos relevantes do *compliance*, há de se reconhecer que as normas jurídicas trazidas são relevantes, especialmente, no que se refere ao Código de Conduta e Integridade, que foi regulado legalmente de forma minudente, superando as expectativas e, até mesmo, suprindo um pouco das lacunas deixadas.

Nesse sentido, merece nota as normas sobre o canal de denúncias, que se destina a receber denúncias relativas ao descumprimento tanto do Código de Conduta e Integridade quanto das demais normas internas de ética e obrigacionais, sendo certo que o denunciante deverá estar protegido de qualquer retaliação.

A importância desse requisito para que haja um programa efetivo de *compliance* é elevada, já que as denúncias seguidas de adequadas investigações são cruciais para desvelar as falhas operacionais, assim como, solucioná-las. Portanto, sua atuação na prevenção e repressão do administrador cordial que atuam nas empresas estatais demonstra-se relevante.

Em sentido similar, o treinamento também não pode ser negligenciado e, no Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, embora tenha sido tratado dentro do Código de Conduta e Integridade, entende-se que transcendeu seus limites.

Afinal, embora o treinamento periódico, no mínimo anual, destinado aos empregados e administradores tenha sido sobre o Código de Conduta e Integridade, a verdade é que ele dispôs sobre a obrigatoriedade também de treinar o conselho de administração e a diretoria sobre a política de gestão de riscos em geral.

Portanto, inevitável reconhecer que o treinamento foi regulado legalmente para além da

---

[578] Ibid.
[579] Ibid.
[580] Ibid.
[581] Ibid.

mera previsão do Código de Conduta e Integridade, mas também com fins de evitar riscos em geral nas empresas estatais.

Tamanha a relevância desse código na Lei n. 13.303/16, que ela dispôs que nas licitações e contratos de que ela trata será observada "a política de integridade nas transações com partes interessadas"[582].

Analisadas as principais disposições referentes ao conteúdo do programa de *compliance* das empresas estatais, importa analisar agora a competência discriminada para cada um dos órgãos.

Fora a necessidade prevista no Estatuto Jurídico das Empresas Estatais de uma área ser responsável pelo *compliance*, há também disposições específicas de competência do acionista controlador, do Conselho de Administração e do Comitê de Auditoria Estatutário.

No primeiro caso, o do acionista controlador, a Lei n. 13.303/16 dispõe que incumbe-lhe "fazer constar do Código de Conduta e Integridade, aplicável à alta administração, a vedação à divulgação, sem autorização do órgão competente da empresa pública ou da sociedade de economia mista, de informação que possa causar impacto na cotação"[583] dos seus títulos ou até mesmo "em suas relações com o mercado ou com consumidores e fornecedores"[584].

Por outro lado, o Conselho de Administração já tem uma competência mais próxima da execução rotineira do programa de *compliance*, sendo seu dever "implementar e supervisionar os sistemas de gestão de riscos e de controle interno estabelecidos para a prevenção e mitigação dos principais riscos"[585], sem excluir aqueles "riscos relacionados à integridade das informações contábeis e financeiras e os relacionados à ocorrência de corrupção e fraude"[586].

O Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, por fim, prevê, no seu Art. 24, parágrafo primeiro, inciso IV, a necessidade de a empresa estatal "possuir em sua estrutura societária Comitê de Auditoria Estatutário como órgão auxiliar do Conselho de Administração, ao qual se reportará diretamente"[587], ou seja, não haverá subordinação dele à Diretoria.

Entre o seu rol de atribuições, destaca-se "monitorar a qualidade e a integridade dos

---

582 BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.

583 BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.

584 Ibid.

585 Ibid.

586 Ibid.

587 Ibid.

mecanismos de controle interno, das demonstrações financeiras e das informações e medições divulgadas pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista"[588].

A ideia que o legislador demonstrou, assim, de forma inequívoca foi não traçar sequer traços mínimos de um programa de *compliance*, justamente para que os órgãos da própria empresa estatal o elaborassem.

Reconhece-se que realizou algumas compensações a essa situação lacunosa referentes ao canal de denúncias e ao treinamento, mas há de se reconhecer que seria mais adequada a regulação de aspectos relevantes mínimos do *compliance* já na legislação, o que não aconteceu. Indispensável, assim, a sua integração até para não permitir que a omissão total ou parcial se torne uma prática legítima.

A técnica da interpretação histórica, que consiste na análise dos antecedentes remotos e imediatos, pode ser relevante nessa finalidade por incorporar ao direito brasileiro os debates das legislações americana e britânica sobre *compliance*, pois elas influenciaram as demais no restante do mundo.

No âmbito americano, há os princípios do dever de a administração implementar controles adequados aos seus riscos e o segundo, conexo com o primeiro, de que se tem de realizar antes disso uma avaliação de riscos.

No inglês, são seis princípios, a saber: procedimentos proporcionais; comprometimento da alta cúpula da empresa; avaliação dos riscos; devida diligência; da comunicação, que inclui o treinamento; e monitoramento e revisão.

Essa mesma solução hermenêutica consistente em utilizar tais princípios para suprir alguma omissão também pode ser justificada por meio da técnica de interpretação sistemática, recorrendo a sistemas jurídicos paralelos.

Embora tenha seus méritos e utilidade, essa proposta não é, entretanto, a solução definitiva, já que há no ordenamento jurídico brasileiro normas que regulam o *compliance* de forma mais minudente que a Lei n. 13.303/16 e tais princípios elencados no direito estrangeiro. No caso, é o regulamento da Lei Anticorrupção, Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, a seguir analisada.

6.3 *Compliance* Previsto na Lei Anticorrupção

As discussões, no ambiente jurídico, acerca do *compliance* intensificaram-se com a

---

[588] Ibid.

aprovação da Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispôs sobre "a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira"[589].

Afinal, essa lei previu expressamente a possibilidade de "[...] mecanismos e procedimentos internos de integridade"[590] (Art. 7º, inciso VIII, da Lei n. 12.846/13) serem utilizados para atenuar as penas aplicadas no âmbito de "responsabilização administrativa [...] de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira"[591].

Embora sem utilizar expressamente a terminologia *compliance* com a finalidade de evitar estrangeirismo e valorizar as expressões do idioma português, inegavelmente, o texto normativo está se referindo ao mesmo instituto que está sendo analisado neste tópico.

Ocorre que o legislador não o regulou, ou seja, não estabeleceu os requisitos para cumprir a parcialmente citada norma do Art. 7º, inciso VIII, da Lei n. 12.846/13, que se refere, detalha-se, à "existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e [...] aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica"[592], ao contrário, afirmou que os "parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do *caput* serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal"[593].

A vantagem da utilização do Decreto n. 8.420/15, que regulamentou a Lei n. 12.846/13, para suprir uma lacuna existente na Lei n. 13.303/16, é que são normas jurídicas próximas, tendo quem sustente até mesmo integrarem um mesmo microssistema de combate à corrupção.

Importa, portanto, analisá-lo. Primeiro, verifica-se que o programa de integridade por ele regulamentado é mais amplo que meramente *compliance*, já que consiste no "conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade"[594], mas também inclui "auditoria e

---

589 BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em: 9 dez. 2018.

590 Ibid.

591 BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em: 9 dez. 2018.

592 Ibid.

593 Ibid.

594 BRASIL. **Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 9 dez. 2018.

incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira"[595].

Em compatibilidade, inclusive, com exigências de direito comparado, o programa de integridade tal qual regulamentado no Brasil pelo Art. 41, parágrafo único, do Decreto n. 8.420/15, "deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade"[596]. Nesse sentido, destacam-se os princípios construídos no direito inglês da avaliação dos riscos e do monitoramento e revisão.

A norma brasileira do art. 42, inciso V, do Decreto n. 8.420/15, especifica mais ainda tal perspectiva ao exigir uma "análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade"[597], ou seja, relaciona-se também àquele princípio do direito inglês.

Nessa perspectiva relacionada aos princípios construídos no direito inglês da avaliação dos riscos e do monitoramento e revisão, insere-se igualmente o art. 42, inciso XIV, do Decreto n. 8.420/15, o qual dispõe sobre a "verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas"[598].

Da mesma forma, o enunciado do art. 42, inciso XV, ou seja, o "monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos [...]" também demonstra compatibilidade com essas normas.

Na verdade, há outras semelhanças decorrentes de outros princípios, por exemplo, o art. 42, inciso I, do Decreto n. 8.420/15 exige "comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa"[599]. É uma norma jurídica análoga ao princípio do comprometimento da alta cúpula da empresa do direito inglês.

Noutro giro, relacionado ao princípio da comunicação, está o art. 42, inciso IV, do

---

595 Ibid.

596 BRASIL. **Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 9 dez. 2018.

597 Ibid.

598 Ibid.

599 Ibid.

Decreto n. 8.420/15, o qual exige "treinamentos periódicos sobre o programa de integridade"[600]. Além dele, a "transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos" do inciso XVI também decorre dessa norma.

Ainda relativo a princípios específicos do direito inglês sobre *compliance*, há as exigências de "procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros [...]"[601] dispostas no art. 42, incisos VIII, e de "procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados"[602] previstas no art. 42, inciso XII, as quais se comunicam com o princípio dos procedimentos proporcionais.

O art. 42, inciso XIII, exige "diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados"[603], estando relacionado ao princípio da devida diligência do direito inglês.

De qualquer modo, é inegável que a normatização brasileira é bem mais pormenorizada do que a inglesa, que tende a deixar o encargo de concretizar muito mais aos aplicadores, mencionando apenas princípios. Nesse sentido, o Decreto n. 8.420/15 dispôs sobre tantos outros requisitos do programa de integridade.

A normatização brasileira, assim, traz algumas especificações, por exemplo, que devem os "padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade"[604] serem "aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos"[605], nos termos do art. 42, inciso II.

Além disso, devem os "padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade"[606] serem estendidos, "quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados"[607], nos termos do art. 42, inciso III.

O direito inglês não se demonstra completamente omisso sobre a extensão do programa

---

600 Ibid.

601 BRASIL. **Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 9 dez. 2018.

602 Ibid.

603 Ibid.

604 Ibid.

605 Ibid.

606 Ibid.

607 Ibid.

de *compliance* incidir em todos os empregados da empresa, diretos ou indiretos, e até mesmo suas empresas parceiras, mas remete tal possível exigência a uma análise que demonstre a necessidade à luz do princípio da proporcionalidade, ou seja, não obriga de pronto. Situação similar acontece com os demais requisitos que serão elencados.

Por determinação do art. 42, inciso VI, os registros contábeis devem refletir "de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica"[608], sendo que os controles internos são para assegurar "a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica"[609].

A normatização brasileira dispõe ainda a necessidade de haver "independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento"[610], nos termos do art. 42, inciso IX, e também da manutenção de "canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé"[611], norma instituída no art. 42, inciso X. Tudo isso deve viabilizar "medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade"[612], exigência do inciso XI.

Ante o exposto, após as devidas filtragens, os requisitos de um programa de *compliance* à luz da Lei n. 13.303/16, além da previsão de um Código de Ética e Integridade elaborado nos seus termos, deve englobar no mínimo o seguinte:

1. análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;

2. verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

3. monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos;

4. comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

5. treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;

---

608 BRASIL. **Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 9 dez. 2018.

609 Ibid.

610 Ibid.

611 Ibid.

612 Ibid.

6. procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

7. diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

8. padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;

9. padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade a serem estendidos, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

10. os registros contábeis devem refletir de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

11. necessidade de haver independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;

12. manutenção de canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé;

13. Adoção de medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade.

6.4 Transparência como Disposição Relacionada ao Direito Fundamental à Boa Administração Complementar ao *Compliance*

Embora do ponto de vista do direito comparado a transparência seja um dos requisitos tanto do direito fundamental à boa administração quanto do *compliance*, na Lei n. 13.303/16, ela não integra expressamente os mecanismos de controle interno e de gestão de riscos, motivo pelo qual será tratada no presente tópico.

A Lei n. 13.303/16, já no seu artigo 6º, determina que o "estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras [...] de transparência", dispondo corretamente, no art. 8º, requisitos mínimos que essas estatais deverão observar.

O primeiro dos requisitos de transparência trazido pela nova legislação é a necessidade de elaboração de uma carta anual a ser subscrita pelos conselheiros de administração, na qual deverão ser explicitados compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa, "com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos

impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos"[613].

Além dessa relevante novidade, a Lei n. 13.303/16 dispôs também sobre o dever de adequar o estatuto social à autorização legislativa de criação da empresa estatal. Esse requisito mínimo de transparência, na verdade, nada acrescenta ao regime jurídico em estudo, já que é uma obrigação que sempre existiu no ordenamento jurídico brasileiro.

De qualquer modo, sua previsão expressa é interessante, já que reafirma não ser "possível haver divergência entre o estatuto social e a lei de criação da empresa estatal"[614], já que entre eles deve "haver uma relação de adequação e compatibilidade"[615].

Ainda que relacionado parcialmente às disposições da Lei de Acesso à Informação, o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais obrigou a "divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes"[616]. Nesse rol, destacou, entretanto, elementos diversos, especificamente aqueles relativos a "atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração"[617].

Além disso, a Lei n. 13.303/16 exigiu "ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta, as informações"[618] acima elaboradas.

Ressalta-se que a Lei n. 13.303/16 não reduziu a incidência da Lei n. 12.527/11, apenas ampliou a obrigatoriedade de transparência da administração das empresas estatais, acrescentando, complementando ou reforçando as disposições da Lei de Acesso à Informação, portanto.

Entre o rol dos requisitos mínimos de transparência decorrentes de mero reforço às obrigações já existentes está o dever de "elaboração e divulgação de política de divulgação de

---

[613] BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.

[614] CARDOSO, André Guskow. Governança corporativa, transparência e compliance nas empresas estatais: o regime jurídico instituído pela Lei 13.303/2016. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais**: Lei 13.303/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.104.

[615] Ibid., p. 104.

[616] BRASIL, **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.

[617] Ibid.

[618] Ibid.

informações, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas"[619].

Também sem inovações, regulou que a política de distribuição de dividendos deve ser elaborada "à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista"[620].

Já uma inovação consiste na obrigação de "divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional"[621]. Esse dispositivo é interessante para separar o custo da exploração econômica com atividade lucrativa que seria realizada pela empresa caso fosse o sócio controlador um particular do ônus decorrente da realização da finalidade estatal.

Outra inovação interessante consiste no dever de elaborar e divulgar "a política de transações com partes relacionadas, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração"[622]. A sua relevância consiste justamente na prevenção à atuação do administrador cordial.

A Lei n. 13.303/16, por fim, instituiu o dever de "divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade", nos termos do seu art. 8º, inciso IX, o que demonstra a preocupação com a transparência.

Importa ressaltar, todos esses requisitos são os mínimos, ou seja, há possibilidade de os administradores de empresas estatais propiciarem uma transparência ainda superior à legalmente determinada.

---

[619] BRASIL, **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.

[620] Ibid.

[621] Ibid.

[622] Ibid.

7 DEFEITOS DA LEI N. 13.303/16 À LUZ DA HIPERTROFIA DA FINALIDADE SIMBÓLICA DE COMBATER A CORRUPÇÃO

Neste capítulo, os defeitos da lei que instituiu o regime jurídico das empresas estatais serão analisados à luz dos estudos até então conduzidos, conforme síntese na ordem a seguir explicada.

A primeira abordagem a ser realizada é destinada a verificar no que consiste afirmar a existência de uma hipertrofia da função simbólica, sob a perspectiva dos estudos sobre a constitucionalização simbólica de Marcelo Neves.

Em seguida, será demonstrado o discurso do *compliance*, o qual, embora tradicionalmente vinculado ao tema de evitar a prática de atos ilícitos em geral, ainda que com enfoque nos temas de corrupção, é utilizado por parte significativa dos estudiosos do ramo penal para justificar a ausência de responsabilidade da pessoa jurídica, dos acionistas e dos responsáveis pela alta administração. Entender-se-á que é impossível a sua adoção sob pena de desrespeito à "dignidade da legislação"[623], pois esse instituto foi incorporado ao direito na condição de um novo dever. Portanto, essa doutrina exacerbaria o simbolismo na legislação.

Será destacado posteriormente que a ausência de disposições sobre o regime jurídico do *compliance* é um equívoco da Lei n. 13.303/16 apto igualmente a possibilitar a hipertrofia da sua função simbólica. Em outros termos, a solução proposta no capítulo anterior de adotar por analogia normas jurídicas similares para integrar o direito é antes uma solução hermenêutica que se impõe, não um mérito do legislador.

Serão, por fim, explicadas pormenorizadamente cada uma das desformalizações apontadas equivocadas no presente trabalho. Elas, afinal, não eram necessárias, adequadas ou proporcionais. Em resumo, há requisitos formais que são razoáveis e devem se manter com a finalidade de defender o interesse público, prevenindo a reprimindo a atuação do administrador cordial. Portanto, essa desburocratização indicada também causa a chamada legislação simbólica.

7.1 Hipertrofia da Função Simbólica da Lei n. 13.303/16

Há de se verificar neste tópico se a instituição do *compliance* na Lei n. 13.303/16 está relacionada com os estudos sobre a constitucionalização simbólica realizados por Marcelo

---

[623] WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução: Luís Carlos Borges. Revisão da tradução: Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Neves. Reconhece-se, nesse sentido, que "uma norma ineficaz ou inadequada pode ter relevância social"[624], porque não raro "o legislador cria normas que dificilmente encontrarão sua aplicação na prática, ou seja, normas cuja baixa eficácia poderia ser prevista já no momento da sua elaboração"[625]. Em suma, "a norma objetiva produzir efeitos simbólicos"[626].

Marcelo Neves[627], desse modo, diagnosticou três possíveis efeitos simbólicos da legislação, a saber: confirmação de valores sociais; demonstração da capacidade de agir do Estado; adiamento da solução dos conflitos sociais por meio de compromissos dilatórios.

Por meio da confirmação dos valores sociais, "os grupos que se encontram envolvidos nos debates ou lutas pela prevalência de determinados valores veem a 'vitória legislativa' como uma forma de reconhecimento da 'superioridade' ou predominância social de sua concepção valorativa"[628]. Em outros termos, suas expectativas são satisfeitas apenas com a expedição do ato legislativo.

Já a demonstração da capacidade de agir do Estado acontece pela chamada legislação-álibi, tem por objetivo "fortificar a confiança dos cidadãos no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado"[629], entretanto, "não se trata de confirmar valores de determinados grupos, mas sim de produzir confiança nos sistemas político e jurídico"[630], afinal, nesse caso, "elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas"[631].

Ela decorre, portanto, "da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador"[632].

Há, ainda, a legislação simbólica servindo como fórmula de compromisso dilatório. Nessa situação, "as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva de ineficácia"[633], ou seja, acorda-se a "transferência da

---

624 SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 60.
625 Ibid., p. 60.
626 Ibid., p. 60.
627 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 33.
628 Ibid., p. 33.
629 Ibid., p. 38.
630 Ibid., p. 36.
631 Ibid., p. 36.
632 NEVES, 2011, p. 39.
633 Ibid., p. 41.

solução do conflito para um futuro indeterminado"[634].

No caso especificamente da constitucionalização simbólica, Marcelo Neves[635] restringe a questão "aos casos em que [...] o texto constitucional e o discurso a ele referente funcionam, antes de tudo, como álibi" não apenas para "os legisladores constitucionais e governantes (em sentido amplo), como também para detentores de poder não integrados formalmente na organização estatal"[636].

Importa analisar se o fenômeno da constitucionalização simbólica no Brasil enseja considerá-la como normativa, nominalista ou semântica, consoante classificação de Loewenstein[637], incorporada à cultura brasileira por Raymundo Faoro[638], para quem os "o regime autoritário convive com a vestimenta constitucional, sem que a lei maior tenha capacidade normativa, adulterando-se no aparente constitucionalismo". Nesse escopo, duas situações podem aparecer, a saber, "o constitucionalismo nominal no qual a Carta Magna tem validade jurídica, mas não se adapta ao processo político, ou o constitucionalismo semântico, no qual o ordenamento jurídico apenas reconhece a situação de poder dos detentores autoritários"[639].

A Constituição normativa corresponde, assim, àquela em que realmente direciona "o processo de poder, de tal maneira que as relações políticas e os agentes de poder ficam sujeitos às suas determinações de conteúdo e ao seu controle procedimental"[640].

Já por Constituição nominal ou nominalista entende-se a que, "apesar de conterem disposições de limitação e controle da dominação política"[641], não conseguem "ressonância no processo real de poder, inexistindo suficiente concretização constitucional"[642].

Por fim, a Constituição semântica consiste no simples reflexo "da realidade do processo político, servindo, ao contrário das normativas, como mero instrumento dos 'donos do poder', não para sua limitação ou controle"[643].

A situação brasileira se enquadra realmente no constitucionalismo nominal ou nominalista, em virtude da existência de uma Constituição formal com as mesmas previsões

---

634 Ibid., p. 41
635 Ibid., p. 103-104.
636 Ibid., p. 103-104.
637 LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process**. Chicago: The University of Chicago Press, 1965, p. 389, tradução nossa.
638 FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 829.
639 Ibid., p. 829.
640 NEVES, op. cit., p. 105.
641 Ibid., p. 105.
642 NEVES, 2011, p. 105.
643 Ibid., p. 106.

textuais de qualquer país em que figure o constitucionalismo normativo. Esse discurso, entretanto, demonstra uma referência retórica cujo efeito é construir "perante o público a imagem de um Estado ou um governo identificado com os valores constitucionais, apesar da ausência de um mínimo de concretização das respectivas normas constitucionais"[644].

Dúvidas não sobram, o ordenamento jurídico constitucional brasileiro enquadra-se no constitucionalismo nominal em decorrência da existência de uma incongruência entre a Constituição e a situação fática de o Estado ser um "monstro patrimonial-estamental-autoritário que está vivo na realidade brasileira"[645].

Isso possui nítida relação com a história constitucional brasileira, afinal, a "transição do regime militar direto para um governo legalizado sob um presidente dificulta traçar a linha entre a ditadura militar e o neopresidencialismo"[646].

Importa explicar no que consiste o neopresidencialismo, a saber, um regime em que há uma combinação de "aparência de constituição democrática com estrita hierarquia na cadeia de comando"[647]. Portanto, ele "é basicamente autoritário"[648].

Quer-se dizer que o neopresidencialismo "não dispensa completamente um parlamento, um gabinete e tribunais nominalmente independentes, mas na hierarquia da configuração do poder eles estão estritamente subordinados ao chefe do executivo"[649], ao menos, do ponto de vista da realidade fática.

Há, portanto, uma autocracia, entretanto, não totalitária, pois não se pretende comandar "o dinamismo socioeconômico, o modo de vida"[650], ou seja, não se quer moldar "a vida privada, a alma, o espírito e os costumes dos cidadãos a uma ideologia dominante"[651], mas, no caso brasileiro, apenas perpetuar o modelo patrimonial-estamental-autoritário contrário à juridicidade.

Nessa situação de constitucionalização simbólica, o direito perde sua relativa autonomia, estando subordinado do ponto de vista da realidade empírica às injunções políticas, as quais também não possuem, entretanto, autonomia, porquanto "o poder político sofre injunções particularistas as mais diversas, tornando-se ineficiente com respeito à sua função de

---

644 Ibid., p. 151.
645 FAORO, 1987.
646 LOEWENSTEIN, 1965, p. 398.
647 Ibid., p. 65.
648 Ibid., p. 65.
649 Ibid., p. 65.
650 LOEWENSTEIN, 1965, p. 58.
651 Ibid., p. 58.

decidir de forma vinculatória generalizada"[652].

Não há dúvidas de que a realidade brasileira atual difere do neopresidencialismo, porquanto não há uma estrita hierarquia entre ninguém e os órgãos responsáveis pela investigação, fiscalização e julgamento. Entretanto, até mesmo por atavismos dos mais diversos, mantém-se uma constituição nominal com alguns elementos desse fenômeno. Importa, assim, ao jurista inserido nessa realidade acautelar-se de seus efeitos.

Afinal, a figura do administrador cordial impede a concretização dos mais relevantes princípios constitucionais e, nesse sentido, embora alguns pontos positivos na nova legislação e na obrigatoriedade de adoção do *compliance* tenham sido trazidos ao longo do trabalho, a realidade é que a evidência "empírica de que o movimento da boa cidadania corporativa reduziu desvios é difícil de achar"[653].

A finalidade empiricamente constatável, assim, da nova legislação não condiz com um sincero comprometimento com o combate à corrupção, mas antes em enfrentá-la simbolicamente, o que não traz necessariamente efeitos deletérios. O maior risco está, entretanto, na doutrina da irresponsabilidade jurídica em decorrência da adoção do *compliance*, a qual será trazida no tópico seguinte.

7.2 Doutrina da Irresponsabilidade Penal e Administrativa em Virtude da Adoção do *Compliance*

Conforme apurado por Laufer[654], cada "escândalo corporativo aparece como sem precedentes e de escala histórica. Cada um requer uma legislação única ou reforma regulatória". Deve o jurista, por isso, estar precavido de tais sentimentos de momento, analisando a questão posta de maneira responsável.

Há de livrar-se de um conto da governança corporativa e de *compliance* que subestime a influência dos lobbies dos negócios e dos políticos em lutar contra restrições impostas ao mercado e à discricionariedade desmedida dos administradores cordiais[655].

Reconhece-se a existência de escândalos de dimensões extremamente elevadas envolvendo empresas estatais brasileiras, tais quais a Operação Lava Jato com a Petrobrás e o caso Banestado a ensejar uma alteração do estatuto jurídico delas, com fins de lhes aprimorar a

---

652 NEVES, 2011, p. 151.
653 LAUFER, William. Ilusões de *compliance* e governança. *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). **Tendências em governança corporative e compliance**. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 15.
654 LAUFER, 2016, p. 16.
655 LAUFER, 2016, p. 15

gestão.

A Lei n. 13.303/16, no entanto, merece críticas justamente por se dirigir no sentido contrário do que anuncia, qual seja, maior conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, inclusos os princípios constitucionais. Em resumo, amplia a possibilidade de atuação do administrador cordial, aumentando os riscos consequentemente de prática de atos de corrupção. Demonstra, portanto, ser uma legislação simbólica.

Entretanto, um dos motivos relevantes para se afirmar que a mera adoção do *compliance* na Lei n. 13.303/16 aponta também para uma hipertrofia da função simbólica no que se refere ao combate à corrupção tem a ver com parte considerável da doutrina pretender com esse instituto exatamente justificar a ausência de punição da empresa, dos acionistas e de sua alta administração.

Alerta para esse risco está Paulo César Busato, para quem há algo "por trás do discurso de que a imposição de medidas de *compliance* tem por objetivo gerar uma maior transparência das atividades empresariais"[656].

Na perspectiva dele, os debates sobre o *compliance* estão relacionados a "uma verdadeira blindagem das empresas e seus diretores frente a intervenção estatal com o instrumento jurídico-penal"[657].

Denuncia, ainda, que há um certo "silêncio a respeito do que se oculta por trás da quase unanimidade dos estudos a respeito da matéria: os efeitos de afastamento de responsabilidade penal direcionados a poupar tanto as empresas quanto seus principais gerentes"[658].

Ainda que a responsabilidade penal da empresa ainda seja restrita no Brasil, esses estudos podem já serem encontrados nestas terras e até mesmo em países nos quais as pessoas jurídicas sequer respondem criminalmente, a exemplo da Alemanha. Afinal, Paulo César Busato[659] já constatou que "há certo setor da doutrina, até mesmo onde ainda não se implantou a responsabilidade de pessoas jurídicas, como na Alemanha, que já vem pregando uma blindagem antecipatória".

Essa doutrina, portanto, também no Brasil, "onde esta classe de responsabilidade, de modo mais amplo, ainda dormita no malsinado projeto de Código Penal que se encontra no Congresso Nacional, pendente de exame e votação, trata-se de uma antecipação de possíveis

---

656 BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre *compliance* em direito penal. *In*: COUTINHO, Aldacy Rachid; BUSATO, Paulo César (Org.). **Aspectos jurídicos do *compliance***. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 50.

657 BUSATO, 2017, p. 50.

658 Ibid., p. 50.

659 Ibid., p. 54.

ingerências"[660].

Os riscos de adoção dessa corrente consistem no fato de que, enquanto a regulação promovida pelo Estado consiste em uma heterorregulação, o *compliance* é um instrumento de autorregulação, ou seja, a própria empresa estatal que o desenvolve será a responsável pelo controle desenvolvido.

O presente estudo, por constatar os limites inevitáveis da autorregulação, não pretende em hipótese nenhuma limitar a heterorregulação em virtude da adoção de técnicas de *compliance* nas empresas estatais. Ao contrário, afirma que o Estado por meio de seus órgãos de controle deve exigir também que o programa de conformidade seja sempre aprimorado nas pessoas jurídicas que ele controla.

Anui-se, portanto, com Paulo César Busato[661] no sentido de afirmar que "em nenhuma proposta de autorregulação fica claro porque se pode esperar melhores resultados nos déficits de observância das normas a partir destas fórmulas, quando se lhes compara com fórmulas heterorregulatórias e, mesmo, se é legítima tal delegação".

Uma temática importante de ser analisada relacionada também a essa hipertrofia das funções simbólicas da adoção do *compliance* consiste na natureza da responsabilidade do *compliance officer*, ou seja, do empregado da empresa responsável pelo desenvolvimento do programa de conformidade.

Segundo denúncia de Paulo César Busato[662], ele foi eleito o bode expiatório por essa parte da doutrina que pretende isentar a empresa e a alta administração das responsabilidades penais.

O argumento dessa parte da doutrina é a pretensão de utilizar o *compliance* como critério para analisar a culpabilidade da responsabilidade penal das empresas. Em resumo, ao se adotar os mecanismos razoavelmente efetivos de controle interno, a empresa não poderia ser considerada culpável das práticas ilícitas[663].

Verdade é que resultam muito curiosas as pretensões dessa doutrina, já que "se o sistema de *compliance* é realmente efetivo, parece que está provado empiricamente justamente o oposto disso. Sim, porque se está aferindo uma prática delitiva que ele não foi capaz de conter, portanto, perguntar-se-ia onde reside sua efetividade?"[664].

Os adeptos da corrente da irresponsabilidade jurídica pela adoção das técnicas de

---

[660] Ibid., p. 86.
[661] Ibid., p. 56.
[662] BUSATO, 2017, p. 79.
[663] Ibid., p. 62.
[664] Ibid., p. 60.

conformidade solucionam tal questão pela afirmativa de "que o âmbito de organização do superior hierárquico diz respeito a escolher um bom *compliance officer* e desenvolver um sistema que seja, em princípio, eficaz"[665]. No mais, a alta administração confiaria "que a realização desta perspectiva organizada se efetivasse nos níveis hierárquicos inferiores que estão sob supervisão do *compliance officer*"[666].

Ocorre que a razão está com Paulo César Busato[667], para quem a admissão dessa "perspectiva implica converter o *compliance officer* em bode expiatório, em para-raios para a atração da descarga elétrica penal, absorvendo a responsabilidade e poupando que se alcance aos diretores e/ou sócios da empresa".

O argumenta para não se adotar tal linha é que a relação jurídica entre o *compliance officer* e a empresa é de natureza trabalhista, ou seja, não é possível ocasionar automaticamente efeitos em campo de direito público, qual seja, direito penal. Como diz Paulo César Busato[668]:

> As obrigações e relatórios do compliance officer são obrigações trabalhistas a serem cumpridas por ele para quem o contratou. A falta de cumprimento de tais obrigações gera efeitos apenas no campo do Direito laboral. Nada mais. O compliance officer assume apenas e tão somente uma obrigação de prestação de serviços que podem ou não ser adequados.

Esse rigor da afirmação de Paulo César Busato[669], no entanto, não está adequado. Ele mesmo aponta a exceção, a saber, "a responsabilidade do *compliance officer*, por surgir por delegação, encontra-se limitada apenas e tão somente aos vícios do *compliance program* e por sua evitação e jamais pelos resultados criminosos produzidos a despeito deste".

A responsabilidade pelas práticas delitivas, assim, "que se imponham na realidade fática a despeito do *compliance system* devem ser disputadas precisamente entre a empresa e seus dirigentes"[670].

Não se nega, desse modo, a responsabilidade do *compliance officer* até mesmo eventualmente na seara penal. Apenas não se pode admitir a adoção de um discurso que favoreça a exclusão da responsabilidade da empresa, dos dirigentes e dos acionistas em razão de uma suposta autorregulação consistente nos códigos éticos, programas de treinamento ético e outras demonstrações de liderança corporativa em ética que sugerem controle interno suficiente[671].

---

665 Ibid., p. 81.
666 Ibid., p. 81.
667 Ibid., p. 83.
668 BUSATO, 2017, p. 84.
669 Ibid., p. 84.
670 Ibid., p. 85.
671 LAUFER, 2016, p. 15.

Concorda-se com a solução conferida por Débora Motta Cardoso, qual seja, ele não poderá ser responsabilizado criminalmente "se a própria estrutura da empresa não lhe garante condições adequadas para desempenhar sua tarefa"[672], além do que essa sua posição não é de forma nenhuma apta a ensejar a isenção da empresa, dos acionistas e dos diretores.

Se há no Brasil e no estrangeiro doutrina que pretende isentar de responsabilidade penal a empresa em decorrência da adoção de um sistema de *compliance* efetivo, respondendo exclusivamente o *compliance officer* pelos seus defeitos, solução mais ousada nessa mesma linha presentemente criticada foi proposta por Rudá Santos Figueiredo[673] para a esfera da responsabilidade administrativa ou do novo ramo do Direito Interventivo.

Em seus estudos, ele entendeu que o direito penal havia se demonstrado ineficiente para a proteção dos novos direitos que surgiram na sociedade de riscos, especialmente, aqueles de natureza supraindividual[674].

Constatou, em seguida, o surgimento de um campo no ordenamento jurídico, o chamado Direito Interventivo, o qual é uma figura híbrida entre o direito penal e o direito administrativo. Por um lado, atenua-se a punição, excluindo a possibilidade de prisão. Por outro, flexibilizam-se as garantias penais. Em resumo, "essas novas formulações, sob o fundamento de consubstanciarem novas searas, aventam que as garantias penais devem ser suprimidas"[675].

Vêm, assim, "sendo criados sistemas em que o poder punitivo transborda para outras searas, muito embora as garantias não sejam transportadas"[676]. Surge um "direito administrativo-sancionador mais opressivo que o próprio direito penal"[677].

Justifica-se nesses moldes "a preocupação do penalista com essas novas manifestações do direito, em que, a toda evidência, o poder de punir é pujante, a fim de que sejam conservadas as garantias dos indivíduos e das organizações"[678].

Para explicar tal inserção das garantias penais nesse novo Direito Interventivo, Rudá Santos Figueiredo[679] menciona, por exemplo, que o *compliance* é um instituto de direito penal. Entretanto, equivoca-se por sequer se tratar de um instrumento de origem propriamente jurídica.

---

672 CARDOSO, Débora Motta. Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 192.
673 FIGUEIREDO, Rudá Santos. **Direito de intervenção e Lei 12.846/2013**: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.
674 FIGUEIREDO, 2015, p. 35-36.
675 Ibid., p. 11.
676 Ibid., p. 11.
677 Ibid., p. 11.
678 Ibid., p. 12
679 Ibid., p. 13 e 206.

Apenas foi incorporado ao direito com fins de evitar a prática de atos de corrupção em sentido amplo, mas isso não o torna uma ferramenta da área criminal.

Trata-se antes de um conjunto de princípios e técnicas de administração que busca conferir conformidade com as normas heterônomas ou autônomas de determinada entidade. Sua incorporação ao direito, portanto, independe de uma vinculação necessária com um determinado campo jurídico.

Incide no direito penal, mas também nos direitos processual penal, empresariais, econômico, administrativo e tantos quantos o legislador houver por bem utilizá-lo. Há de se recordar que a legislação há de ter a sua dignidade reconhecida em um Estado Democrático de Direito, como bem já apontou Jeremy Waldron[680].

Em linha similar, Rudá Santos Figueiredo[681] afirmou que também o acordo de leniência possuía nítido cariz penal. Ocorre que igualmente não há essa necessária vinculação. Ao contrário.

Enquanto as áreas do direito privado sempre tiveram acordos, no direito penal e processual penal, apenas com a Lei n. 9.099/1995, que dispôs sobre os Juizados Especiais Criminais[682], foi possível a adoção de algumas medidas similares ao acordo de leniência, mas ainda eram extremamente marginais nesse sistema jurídico, estando limitadas aos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, especificamente nos artigos 2º e 89.

Outro relevante marco foi a Lei n. 12.850/2013, que definiu organização criminosa e dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova e outros temas relacionados[683], responsável por instituir um Direito Penal consensual de forma mais ampla, já que regulou o instituto da colaboração premiada nos seus artigos 3º, inciso I, e 4º.

Nem se diga que em matéria de direito público foi uma manifestação isolada de justiça consensual, o Código de Processo Civil instituído pela Lei n. 13.105/2015, por exemplo, assegurou também essa possibilidade, por meio do negócio jurídico processual previsto no seu art. 190.

---

680 WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução: Luís Carlos Borges. Revisão da tradução: Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

681 FIGUEIREDO, 2015, p. 13 e 206.

682 BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 15 jan. 2019.

683 BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 18 jan. 2019.

Não haveria motivo para os direitos administrativo e econômico não serem influenciados por essa nova tendência do direito, o que foi feito respectivamente por meio dos acordos de leniência previstos no art. 86, da Lei n. 12.529/2011[684] e no art. 16, da Lei n. 12.846/2013[685].

Como se verifica da análise, embora sejam institutos inseridos na mesma recente tendência de valorizar o negócio jurídico mesmo na área de direito público, o acordo de leniência é, na verdade, de natureza administrativa e econômica, ao passo que a colaboração premiada é penal.

Há de se afastar do *compliance*, assim como dos acordos celebrados nos demais ramos do direito público, sua vinculação à área penal, até porque o legislador que deve decidir sobre as consequências jurídicas de sua inserção em algum campo do ordenamento jurídico, desde que respeitados os limites previstos na Constituição.

Ademais, admitir tal vinculação no regime jurídico instituído pela Lei n. 13.303/2016 implicaria agravar por demais a hipertrofia da função simbólica, já que não apenas não serviria o referido instituto a limitar a atuação do administrador cordial e aumentar a corrupção sistêmica, como ainda iria isentá-lo de culpa juntamente com a empresa por ter adotado o *compliance*.

Outro argumento utilizado por Rudá Santos Figueiredo[686] para sustentar a incidência das garantias penais no regime jurídico da Lei n. 12.846/13 resume-se a ela versar sobre punições das mais severas possíveis às empresas, especialmente, devido à impossibilidade de prender pessoa jurídica.

Realmente, nos países que adotam a sua responsabilidade penal, as consequências jurídicas instituídas são similares às previstas na referida lei, chamada de Lei Anticorrupção, mas cada ordenamento jurídico institui as suas normas.

Se não há ampla previsão no direito brasileiro de inclusão das empresas no âmbito penal, mas apenas episódica a depender de determinados crimes, há de se reconhecer que inexiste

---

684 BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 19 jan. 2019.

685 BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em: 16 jan. 2019.

686 FIGUEIREDO, 2015, p. 13 e 206.

qualquer norma constitucional que impeça a utilização dessas graves sanções por outros ramos do direito.

Por fim, o discurso da irresponsabilidade da empresa ao adotar um programa de *compliance* razoável que não tenha sido efetivo não pode prosperar também em virtude de violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Por dignidade da pessoa humana, entende-se que os seres humanos são aqueles que possuem o melhor tratamento jurídico que é possível conferir pelo direito de um determinado país que o adote. Ele está intimamente relacionado ao princípio da igualdade porque a todos os indivíduos devem ser assegurados os mesmos direitos para considerar que eles têm idêntica dignidade.

Ocorre que, ao pretender isentar de responsabilidade as pessoas jurídicas que adotem práticas de *compliance* consistentes em discursos de que a empresa adota a integridade, respeita as leis, adota códigos de conformidade e ética, assim como realiza treinamentos periódicos e todos os demais requisitos que o direito imponha, essa doutrina não só torna hipertrofiada a função simbólica da legislação como ainda trata as empresas com privilégios sobre as pessoas humanas.

Exemplifica-se. A realização de treinamentos periódicos, tratamentos psicológicos e adoção pública de um discurso contrário a prática de ilícitos pelos indivíduos é uma conduta apta a afastar as responsabilidades deles por infrações e crimes de trânsito? Paulo César Busato[687] torna tal argumento bem claro ao dispor o seguinte:

> Seria aceitável pensar que, estabelecidas pautas de cuidado efetivas – por exemplo, realização de cursos de habilitação, direção defensiva, etc., pudesse resolver o próprio agente quando considera que um crime de trânsito por ele próprio praticado deva ser levado à persecução penal pública? [...] Seria razoável aceitar que, diante da complexidade do tratamento de desintoxicação alcoólica, o crime de embriaguez ao volante praticado por um frequentador dos Alcoólicos Anônimos não responda por sua prática delitiva?
> Enfim, a pergunta a ser formulada à pretensão de autorregulação é se podemos aceitar padrão semelhante para o controle social das pessoas físicas.

Assim, não apenas para evitar a ampliação da hipertrofia da função simbólica do discurso de que o *compliance* serve para prevenir e evitar a corrupção, mas também para manter hígidos os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, não é admissível que a mera adoção pelas empresas, inclusas as estatais, de programas de conformidade sirva para isentá-las de responsabilidade, até porque essa não foi a intenção do legislador.

---

687 BUSATO, 2017, p. 58/59.

7.3 Omissões Legislativas no Regime Jurídico do *Compliance* nas Estatais

As omissões na Lei n. 13.303/16 são inúmeras, a ensejar expedição de decreto regulamentar ou a utilização de um repertório de técnicas hermenêuticas para fins de melhor alcançar a solução ideal.

Importa destacar, portanto, que essas lacunas demandam a sua integração pelo intérprete. Impede-se, com isso, a afirmação de que os elaboradores das normas internas das empresas estatais possuem ampla discricionariedade administrativa no momento de instituição do programa de *compliance*.

A primeira técnica que merece menção é a interpretação sistemática para, por meio da utilização da analogia com outras normas jurídicas do mesmo sistema jurídico ou de paralelos, possibilitar a colmatação das omissões sobre os requisitos do regime jurídico do *compliance*.

Outra técnica indispensável é a interpretação histórica pela análise dos antecedentes da legislação, já que importa conhecer os diplomas normativos que lhe são cronologicamente anteriores e igualmente quais atos ela pretende prevenir e reprimir para bem integrar as suas omissões.

Por fim, a perspectiva interdisciplinar torna-se indispensável, para fins de evitar que essas lacunas não impliquem num conto da governança corporativo e de *compliance* incompleto.

Então, embora no presente trabalho sejam destacadas as omissões da legislação, desde já, há de se ressaltar que isso não implica uma sugestão de solução positivista no sentido de autorizar aos órgãos competentes uma ampla discricionariedade. Ao contrário, pretende-se apenas demonstrar os pontos em que os intérpretes deverão despender maior dedicação com fins de realizar a integração das omissões que serão explicadas a seguir.

Primeiro, a legislação não traz minimamente quais são as práticas de controle interno que devem ser adotadas, exigindo, entretanto, que o estatuto social da empresa estatal discipline a matéria.

Nesse sentido, o art. 6º, da Lei n. 13.303/16, determina que o estatuto da empresa estatal "deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção [...]"[688].

---

[688] BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm.

A omissão consiste nas diversas passagens que possui sobre o regime jurídico do *compliance* muito pouco dispor, exceto acerca de aspectos subjetivos e do Código de Conduta e Integridade, que é bem regulado pela lei.

Nesse sentido, o art. 9º, da Lei n. 13.303/16, determina meramente que as empresas estatais "adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno"[689], afirmando que devem abranger no mínimo: a "ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno"[690]; uma "área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos"[691]; e uma "auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário"[692]. Em resumo, não especifica materialmente nenhuma medida obrigatória, ainda que imponha o dever abstrato de sua adoção.

Outro aspecto subjetivo tratado pela Lei n. 13.303/16 foi que a "área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos deverá ser vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário"[693].

A questão, portanto, do regime jurídico do *compliance* foi regulado praticamente que apenas sobre o aspecto subjetivo, ou seja, que tanto administradores e empregados estarão sujeitos ao controle, assim como, que haverá uma área especificamente responsável por ela. Além disso, que a auditoria interna e o Comitê de Auditoria Estatutário serão órgãos complementares nessa tarefa específica.

No aspecto substantivo, ou seja, o conteúdo das práticas de *compliance*, não há qualquer menção na referida legislação, excetuada a determinação para que o estatuto social discipline a matéria e o regime jurídico do Código de Conduta e Integridade.

Acerca ainda da obrigatoriedade de o estatuto social disciplinar práticas de controle interno, a Lei n. 13.303/16 afirma que ele deve "prever as atribuições da área, bem como estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente" do responsável[694].

No esforço de assegurar a integridade por meio da mera previsão de órgãos que exercerão o controle interno, mas sem lhes impor obrigações materiais específicas nesse sentido, houve determinação legal ainda para que o estatuto social previsse a possibilidade de

---

Acesso em: 28. nov. 2018.

689 BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.

690 Ibid.

691 Ibid.

692 Ibid.

693 Ibid.

694 Ibid.

que a área de *compliance* se reportasse "diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada"[695].

Nessa seara, o Conselho de Administração possui, na verdade, grande relevância, já que lhe compete "discutir, aprovar e monitorar decisões envolvendo práticas de governança corporativa, relacionamento com partes interessadas, política de gestão de pessoas e código de conduta dos agentes"[696], além de "implementar e supervisionar os sistemas de gestão de riscos e de controle interno estabelecidos para a prevenção e mitigação dos principais riscos a que está exposta a empresa pública ou a sociedade de economia mista"[697].

Para fins de auxiliar o Conselho de Administração, as empresas estatais "deverão possuir em sua estrutura societária Comitê de Auditoria Estatutário como órgão auxiliar do Conselho de Administração, ao qual se reportará diretamente"[698], sendo certo que exerce papel relevante no que se refere ao *compliance*, já que lhe incumbe "supervisionar as atividades desenvolvidas nas áreas de controle interno, de auditoria interna e de elaboração das demonstrações financeiras da empresa pública ou da sociedade de economia mista"[699] e "monitorar a qualidade e a integridade dos mecanismos de controle interno, das demonstrações financeiras e das informações e medições divulgadas pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista"[700].

Ao tratar apenas do Código de Conduta e Integridade, da obrigatoriedade de o estatuto social da companhia prever práticas de gestão de riscos e controle interno e sobre os órgãos que atuarão nessa seara, a Lei n. 13.303/16 omitiu-se sobre parte relevante do regime jurídico do *compliance*.

Por exemplo, o treinamento em geral acerca das práticas de *compliance* deve ser realizado periodicamente e não envolver apenas o Código de Conduta e Integridade, mas até mesmo cursos com caráter principiológico fundados na ética, com fins de desenvolver na empresa um ambiente corporativo efetivamente comprometido com as normas.

---

695 BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.

696 Ibid.

697 Ibid.

698 Ibid.

699 Ibid.

700 Ibid.

Inclusive, mais importam as medidas para induzir e estimular a cultura constitucional nos conselheiros, diretores e empregados do que meramente realizar exaustivo e intenso controle interno por vezes muito mais oneroso e muito menos efetivo.

Outras relevantes atividades para assegurar uma boa conformidade da empresa estatal com as normas externas e internas são algumas das desempenhadas pelo setor de recursos humanos.

Ainda que a Lei n. 13.303/16 tenha se omitido sobre um relevante aspecto da contratação de empregados das estatais, qual seja, requisitos mínimo que possam ser exigidos em concursos públicos para assegurar que os selecionados sejam pessoas comprometidas com a governança corporativa, a integridade e os padrões éticos adotados pela pessoa jurídica contratante, não há dúvidas de que ao menos parcialmente trouxe contribuições valiosas.

Entre os pontos positivos que devem ser reconhecidos, está a fixação de critérios para eleição de diretores, conselheiros fiscais e de administração para além dos reguladas pela Lei das Sociedades Anônimas, que já "reserva extensa disciplina sobre os administradores"[701].

Para conselheiros de administração, a referida lei já previa a necessidade de reputação ilibada, além de expressa autorização em Assembleia, caso se deseje eleger quem ocupe cargo em concorrentes ou com interesse conflitante, nos termos do seu art. 147, parágrafo terceiro. Por outro lado, determina também que os diretores residissem no Brasil, como afirma o seu art. 146[702].

Apesar dessas pequenas distinções, a Lei das Sociedades Anônimas determina que as "normas relativas a requisitos, impedimentos, investidura, remuneração, deveres e responsabilidade dos administradores aplicam-se"[703], em regra, a ambos, conselheiros de administração e diretores, conforme mandamento do seu art. 145.

São, assim, inelegíveis para conselho e diretoria quaisquer pessoas "impedidas por lei especial, ou condenadas por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, contra a economia popular, a fé pública ou a propriedade, ou a pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos"[704], além daquelas "pessoas declaradas

---

701 OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Os administradores das empresas estatais**. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 142.

702 BRASIL. **Lei n. 6.404/76**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm. Acesso em: 5 fev. 2019.

703 Ibid.

704 BRASIL. **Lei n. 6.404/76**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm. Acesso em: 5 fev. 2019.

inabilitadas por ato da Comissão de Valores Mobiliários"[705], consoante mandamento do art. 147, parágrafo primeiro e segundo.

Se apenas essas normas geralmente funcionam nas empresas de capital privado, porque os acionistas com maior parcela do capital social visam a mesma finalidade dos demais, qual seja, auferir lucros, nas empresas estatais, há "permanente tensão entre, de um lado, o interesse da companhia na geração de lucro e, de outro, os interesses diversos de terceiros (partidos políticos e seus integrantes, senão financiadores destes ou fornecedores da campanha)"[706].

Importante restrição veio na Lei n. 13.303/16 na seleção dos seus administradores justamente com fins a "aprimoramento das empresas estatais no tocante à redução do risco de corrupção, alcance dos objetivos empresariais, promoção da gestão responsável e obtenção de eficiência econômica, dentre outros congêneres"[707].

Na Lei das Sociedades Anônimas, havia já a necessidade de reputação ilibada, entendida neste trabalho como "exatamente a inexistência sequer de acusação oficial ou processo em curso que, pelo potencial lesivo, natureza e gravidade, coloque em risco o futuro desempenho da administração"[708].

Por outro lado, a Lei n. 13.303/16 acrescentou a exigência de notório conhecimento, conceito cuja interpretação mais condizente com o ordenamento jurídico brasileiro é a de que "a notoriedade acresce um fator peculiar: é preciso que o conhecimento incorporado seja tão sobejamente evidente, inclusive para terceiros, que até mesmo dispense prova"[709], afinal, o Código de Processo Civil (CPC) afirma que independem de comprovação os fatos notórios.

De qualquer modo, a legislação especifica requisitos de ordem objetiva, exigindo períodos de experiência profissional mínima, formação acadêmica compatível e não incidência em qualquer hipótese de inelegibilidade, tanto para administradores sem vínculo de emprego, nos termos do art. 17, incisos I, II e III, como para os administradores que sejam empregados da companhia, como destaca o art. 17, incisos I, II, III, parágrafo quinto[710].

Há também previsão de requisitos para integrar o Conselho Fiscal, especificamente os constantes do Art. 26. Primeiro, a legislação determina que seja integrado por "pessoas naturais,

---

705 Ibid.
706 OLIVEIRA, 2016, p. 142.
707 Ibid., p. 147.
708 Ibid., p. 151.
709 Ibid., p. 152.
710 BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.

residentes no País, com formação acadêmica compatível"[711]. Além disso, dispõe sobre a necessidade de experiência profissional, por prazo mínimo de 3 (três) anos, em "cargo de direção ou assessoramento na administração pública ou cargo de conselheiro fiscal ou administrador em empresa"[712]. Ademais, deve esse órgão contar "com pelo menos 1 (um) membro indicado pelo ente controlador, que deverá ser servidor público com vínculo permanente com a administração pública"[713].

Mesmo que tais disposições sobre os administradores e conselheiros fiscais tenham sido relevantes, fato é que há uma omissão sobre outros critérios que devem igualmente ser adotados pelas empresas estatais para garantir a conformidade da sua atuação, a exemplo de o instrumento convocatório do concurso prever expressamente a cobrança de questões relativas à disciplina de governança corporativa, *compliance* e ética, no que possibilitará a seleção de profissionais com mais acentuada cultura constitucional. É certo, portanto, que tais omissões possibilitam maior atuação do administrador cordial e maior incidência da corrupção sistêmica, as quais são notoriamente combatidas pela referida lei. Nesse sentido, estão relacionadas com a hipertrofia da função simbólica da legislação.

7.4 Desformalizações Excessivas dos Procedimentos de Contratação Direta

O primeiro caso grave de flexibilização das exigências de modo considerado inadequado, já que não se tratava de um formalismo excessivo, é a desnecessidade de a "comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes"[714], tal qual acontece nos moldes do Art. 25, inciso I, da Lei n. 8.666/96, "para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo"[715].

Afinal, nos termos do art. 30, inciso I, da Lei n. 13.303/16, poderá haver contratação direta por inviabilidade de competição "na hipótese de aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial

---

711 Ibid.
712 Ibid.
713 Ibid.
714 BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.
715 Ibid.

exclusivo"[716]. Em outras palavras, há um silêncio sobre a obrigação de se juntar a comprovação de exclusividade.

Outro caso grave foi a redução das exigências de requisitos formais para a contratação de pessoas jurídicas prestadoras de serviços técnico especializados por meio da contratação direta via inexigibilidade de licitação.

A legislação da administração pública direta, autárquica e fundacional regida por direito público dispõe expressamente que haverá necessidade de comprovação da singularidade do serviço, ou seja, que ele não poderá ser executado por um profissional usualmente contratado no mercado.

Não basta, assim, que o serviço a ser terceirizado seja considerado técnico especializado tal qual previsto no Art. 13 da Lei n. 8.666/93, ele também deverá enquadrar-se no requisito da singularidade para fins de possibilitar a inexigibilidade de licitação, consoante determinação do Art. 25, inciso II, do mesmo diploma legislativo[717].

A Lei n. 13.303/16, por sua vez, possibilita a contratação de empresas para prestação de serviços terceirizados por meio de inexigibilidade apenas pelo cumprimento do requisito de enquadrar na condição de técnico especializado, independentemente da sua singularidade, portanto.

Importa destacar que tal interpretação decorre de uma leitura comparativa dos requisitos previstos textualmente, já que o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais meramente menciona a possibilidade de contratação direta por inviabilidade na hipótese de "serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação"[718], ao passo que a Lei n. 8.666/93 dispõe expressamente que a contratação será "de serviços técnicos enumerados [...], de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização [...]"[719].

Essa menor exigência de requisitos para celebrar contratos de prestação de serviços de

---

716 BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.

717 BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.

718 BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.

719 BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.

forma indireta acrescida da possibilidade de terceirização em empresas estatais federais até mesmo na atividade finalística, inclusive, exercendo funções previstas expressamente em planos de cargos e salários para profissionais admitidos mediante concurso, consoante autorização do Art. 4º, do Decreto n. 9.507/2018[720], demonstra sério equívoco.

Primeiro, constitui nítida afronta ao mandamento constitucional da contratação por meio de concurso público para os empregados públicos, nos termos do Art. 37, incisos I a IV, da Constituição.

Segundo, essa tendência a procurar contratação de pessoal por meio da burla do concurso, inclusive, termina por culminar em priorizar relações de amizade em substituição da impessoalidade e eficiência, estando relacionada às mazelas do administrador cordial, como já bem destacado pelos estudos de Manoel Jorge e Silva Neto acerca do constitucionalismo brasileiro tardio.

A possibilidade de as empresas estatais contratarem de forma indireta a prestação de qualquer serviço técnico especializado, independentemente da singularidade do objeto, amplia e muito a possibilidade de o personalismo e o patrimonialismo se manifestarem.

Para contrapor essa flexibilidade maior concedida pela Lei n. 13.303/16, que, apesar de desburocratizar, amplia o rol de atuação do administrador cordial, a compensação foi a exigência de adoção de padrões mais rígidos de controles internos e *compliance*.

Entretanto, como apurado na investigação que se realizou, o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais é extremamente lacunoso sobre essa questão, deixando praticamente a totalidade da matéria a cargo do acionista controlador e da alta administração.

A mais grave desformalização, entretanto, foi a instituição de uma modalidade de contratação direta na área finalística da empresa estatal, por meio da qual não se torna indispensável qualquer procedimento licitatório, nem mesmo formalidades usualmente exigidas para assegurar a higidez da inexigibilidade e da dispensa.

O Art. 28, *caput*, da Lei n. 13.303/13, nesse sentido, dispensa as empresas públicas e as sociedades de economia mista da observância dos dispositivos do capítulo "Das Licitações", o qual versa também sobre as formalidades da inviabilidade de competição e das dispensas de licitação em duas hipóteses.

Primeiro, quando o caso versar sobre "comercialização, prestação ou execução, de

---

[720] BRASIL. **Decreto n. 9.507, de 21 de setembro de 2018**. Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9507.htm. Acesso em: 30 nov. 2018.

forma direta, pelas empresas mencionadas no *caput*, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais"[721].

Segundo, "nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo"[722].

A legislação que regula o regime jurídico das empresas estatais no direito brasileiro exemplificou algumas oportunidades de negócio, a saber, "a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais"[723].

Ocorre que os escândalos de corrupção envolvendo as empresas estatais aconteceram, por vezes, apesar das formalidades previstas na legislação que restringiam a discricionariedade administrativa, pois havia uma licitação e a melhor proposta era a selecionada.

Com esse novo diploma normativo, a possibilidade de ampla contratação na área finalística ou em razão de parcerias ou outras formas associativas sem que sejam aplicáveis quaisquer dos requisitos da regulação dos procedimentos licitatórios, inclusas a dispensa e a inviabilidade de competição, apenas faz ampliar a possibilidade de a corrupção sistêmica ampliar. Tal norma, portanto, direciona-se em sentido oposto ao propagado.

7.5 Soluções para os Equívocos da Legislação

A solução que se impõe é os órgãos de controle exigirem a elaboração de programas de *compliance* compatíveis com o tamanho da empresa estatal nos termos do conhecimento obtido pela ciência da administração, mas também das normas jurídicas do ordenamento jurídico brasileiro e até mesmo de sistemas paralelos.

Nesse sentido, os tribunais de contas, o Ministério Público, as ouvidorias do acionista controlador e da própria empresa estatal podem seguramente viabilizar um controle da atividade do administrador, verificando se ele instituiu programas de *compliance* razoáveis em relação à natureza da atividade, à extensão da empresa e ao seu capital social.

---

[721] BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.

[722] Ibid.

[723] Ibid.

Essa é a solução proposta para a omissão legislativa sobre a regulação de seus requisitos. Houve, além disso, sugestão de adoção no Brasil de um órgão similar ao *Ombudsman* Europeu, ou seja, um Provedor de Justiça ou Ouvidor vinculado ao Poder Legislativo, mas com competência para apurar e resolver político-juridicamente os casos de má administração pública.

Afinal, como verificado ao longo do trabalho, embora o *Ombudsman* Europeu tenha papel relevante na concretização do direito fundamental à boa administração, por o *compliance* ser um de seus componentes, sem dúvidas que deve atuar também nessa área.

Programas de *compliance* desproporcionais, frouxos, não efetivos, assim, devem ser denunciados também ao órgão do legislativo responsável em receber e encaminhar as queixas, sendo mais recomendável que adotem expressamente a figura do Ouvidor Externo ou do Provedor de Justiça nos moldes trazidos na presente pesquisa.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, conclui-se:

1. Na perspectiva de uma concepção do pós-positivismo jurídico, princípios e outros argumentos passaram a ser incorporados à atividade do jurista. A interdisciplinaridade assim defendida não possibilita apenas uma leitura externa do direito, mas também uma leitura interna por meio da filosofia no direito (inclusa a ética), história no direito, sociologia no direito, antropologia no direito, em vez de meramente filosofia do direito, história do direito, sociologia do direito, antropologia do direito.
2. A exclusividade da técnica interpretativa literal não pode ser adotada, ensejando a preponderância de uma leitura teleológica, enriquecida especialmente pelo método lógico-sistemático relacionado com o direito comparado.
3. Afinal, se a dignidade da pessoa humana é um princípio protegido em diversos ordenamentos jurídicos do mundo, as soluções para sua realização encontradas em um país podem muito bem serem úteis em outros, desde que superem testes de adequação com a história, a política, o direito e as peculiaridades sociais e antropológicas do país que pretende adotá-las.
4. Ao se investigar as especificidades da constituição histórico-antropológica da sociedade brasileira, especialmente com a análise do constitucionalismo brasileiro tardio, desvelou-se a existência da figura do administrador cordial, relacionado ao personalismo, patrimonialismo, cordialidade, jeitinho brasileiro e à corrupção sistêmica. Acautelou-se, entretanto, a presente investigação de qualquer interpretação que conduza a um determinismo cultural, já que é possível tanto medidas pedagógicas quanto a melhora das instituições para evitá-lo e reprimi-lo.
5. O direito fundamental à boa administração, nesse sentido, possui contornos que soa bem possível a sua incorporação ao direito brasileiro pela via hermenêutica, especialmente, em virtude de ser um privilegiado instrumento de concretização da dignidade do ser humano no sistema jurídico europeu, modelo institucional que melhor controlou a atuação do patrimonialismo e, portanto, do administrador cordial.
6. Uma decorrência dessa incorporação é o reconhecimento da compatibilidade, na cultura brasileira, da existência de um Provedor de Justiça similar ao *ombudsman*, ou seja, um agente nomeado pelo Poder Legislativo com fins de receber queixas de más práticas administrativas, conferindo-lhes uma solução política, diferentemente da realidade do Ministério Público ou Defensoria Pública, órgãos eminentemente jurídicos.

7. A imbricação necessária entre os requisitos do direito fundamental à boa administração demonstra a importância de implantá-los de forma integrada, com fins a prevenir e reprimir o administrador cordial. Nesse sentido, um de seus relevantes componentes que objetiva justamente assegurar a conformidade ou integridade da prática administrativa e empresarial com o ordenamento jurídico é o *compliance*, instituto em que pretende por meio de um conjunto de princípios, regras e técnicas prevenir e reprimir a atuação do administrador cordial, o qual não sabe as fronteiras entre o público e o privado, atuando de forma personalista e patrimonial, comportamento relacionado com o jeitinho malandro e com a afirmação de que há um quadro de corrupção sistêmica no Brasil.
8. Embora tenha a Lei n. 13.303/16 integrado um conjunto de medidas legislativas com a finalidade de prevenir e reprimir a corrupção, adotando a obrigatoriedade de as empresas estatais possuírem uma área responsável por *compliance*, na verdade, a ausência de especificação mínima de seus requisitos demonstra que há um dever de o acionista controlador providenciar a sua instituição, regulamentando seus moldes.
9. Afora a crítica a essa lacuna, a referida lei promove também desformalização exagerada, tornando extremamente flexível a contratação direta de serviços terceirizados por inexigibilidade de licitação, o que pode propiciar uma burla ao concurso público, mandamento constitucional dos mais caros para garantir a efetivação dos princípios republicanos. Essa situação agrava-se, especialmente, por haver autorização via decreto presidencial para terceirização de qualquer atividade nas estatais.
10. Solução hermenêutica para tais questões foi investigar normas jurídicas similares de ordenamentos jurídicos paralelos ou brasileiro, com a finalidade de integrar a Lei n. 13.303/16 no que se refere à obrigação de adotar práticas de *compliance*, pois não é admissível uma ampla discricionariedade administrativa no âmbito do pós-positivismo jurídico.
11. A primeira perspectiva de um ordenamento jurídico paralelo abordada foi a americana, na qual se sustenta a existência de dois princípios para regular o *compliance*: dever de a administração avaliar se implementou controles que abordam adequadamente os riscos de que uma distorção relevante das demonstrações contábeis não seja evitada ou detectada em tempo hábil; obrigação de que a avaliação da administração sobre a correta operação de seus controles seja baseada em uma avaliação de risco.
12. Ainda com essa finalidade, a perspectiva britânica também foi investigada. Nessa linha, indicaram-se seis princípios como requisitos mínimos de um programa de *compliance* efetivo, a saber: existência de procedimentos proporcionais; comprometimento da alta

cúpula da empresa; realização de avaliação dos riscos; cumprimento da devida diligência; ampla comunicação, que inclui o treinamento; e manutenção de monitoramento e revisão.

13. Mais minudente acerca dos requisitos do *compliance* e mais próxima por estar inserida no mesmo sistema jurídico foi a regulamentação da Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, promovida pelo Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015, parâmetro sugerido nesta pesquisa para fiscalização dos órgãos de controle sobre a efetiva instituição de medidas que garantam a integridade e conformidade das empresas estatais com as normas brasileiras.
14. Nesse sentido, foi destacado que um programa de *compliance* efetivo deve envolver necessariamente o seguinte: a) análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; b) verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; c) monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos; d) comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; e) treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; f) procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; g) diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; h) padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; i) padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade a serem estendidos, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; j) os registros contábeis devem refletir de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; k) necessidade de haver independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; l) manutenção de canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; m) adoção de medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade.
15. Após verificados os requisitos de um programa de integridade no âmbito da Lei n.

13.303/16, foi analisado o discurso sobre a possibilidade de isentar a pessoa jurídica, os acionistas e os administradores da alta cúpula da empresa em decorrência da mera adoção de um *compliance* razoavelmente efetivo.

16. Essa doutrina que prega a irresponsabilidade em decorrência da adoção do *compliance* surgiu inicialmente no ramo do direito penal e processual penal, mas já há defensores da extensão de seus efeitos para a área administrativa.
17. A conclusão do presente trabalho é que a sua adoção não é juridicamente viável, já que hipertrofiará a função simbólica do *compliance*, incorporado ao direito para consubstanciar um dever de evitar e reprimir a corrupção, não para dificultar ou impossibilitar a sua punição.
18. Além disso, foi verificado que, em compensação ao regime jurídico de maior controle interno, desburocratizou-se exigências de procedimentos licitatórios, entretanto, algumas dessas desformalizações foram excessivas, especificamente: a) contratação direta por inviabilidade de competição sem declaração de exclusividade; b) celebração de contratos para prestação de serviços de forma indireta por meio de inexigibilidade para qualquer serviço técnico especializado, independentemente da singularidade do objeto; c) assinar contratos na área finalística da empresa estatal sem necessidade de qualquer procedimento licitatório, nem mesmo formalidades usualmente exigidas para assegurar a higidez da inexigibilidade e da dispensa.
19. O instituto do *compliance* previsto como requisito de atuação das empresas estatais no domínio econômico não se mostra uma obrigação extremamente onerosa a tornar inviável a sua efetivação sob pena de redução de competitividade em termos comparativos com o setor privado. Afinal, essa tendência de se exigir a integridade das sociedades empresariais com o ordenamento jurídico se iniciou a partir de inúmeras falências de multinacionais que praticavam atos de corrupção e fraudavam seus documentos contábeis, causando prejuízos bilionários aos acionistas.

REFERÊNCIAS

ADDINK, G. H. **Good governance in the EU member states**: a comparative, interdisciplinary study on the interpretation and application of good governance in the EU member states and in the different functions of the government bodies. 2015. Disponível em: https://www.ris.uu.nl/ws/files/18826324/final_version_september_2015.pdf. Acesso em: 28 jul. 2018.

ALEXY, Robert. Não positivismo inclusivo. *In*: **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Organizadores: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. 1. Ed. Florianópolis: Qualis, 2015a.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2015b.

ANDAKU, Juliana Almenara. **O papel do ombusdman no direito brasileiro**. 2006. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/9077/o-papel-do-ombusdman-no-direito-brasileiro. Acesso em: 28 jul. 2018.

ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial**: uma visão prática. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**: Trabalhos jurídicos - pareceres. v. XXXI. t. II. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1904. p. 205-247

BARBOSA, Ruy. **Commentarios á Constituição Federal Brasileira**. v. II. Ordenação: Homero Pires. 1933.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jul. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 9 dez. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 9.507, de 21 de setembro de 2018**. Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9507.htm. Acesso em: 30 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 28. jul. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 509, de 20 de março de 1969**. Dispõe sobre a transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0509.htm. Acesso em: 6 dez. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm. Acesso em: 7 dez. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 19 jan. 2019.

BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em: 9 dez. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 18 jan. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 28. jul. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa

pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 5.895, de 19 de junho de 1973**. Autoriza o Poder Executivo a transformar a autarquia Casa da Moeda em empresa pública e dá outras providências. Disponível em: http:// http://www.planalto.gov.br/cciViL_03/LEIS/L5895.htm. Acesso em: 6 dez. 2018.

BRASIL. **Lei n. 6.404/76**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm. Acesso em: 5 fev. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 28. nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 10. jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade n. 16/DF. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Brasília, 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADC%24%2ESCLA%2E+E+16%2ENUME%2E%29+OU+%28ADC%2EACMS%2E+ADJ2+16%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cg7z2oc. Acesso em: 7 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade n. 16/DF. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Brasília, 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADC%24%2ESCLA%2E+E+16%2ENUME%2E%29+OU+%28ADC%2EACMS%2E+ADJ2+16%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cg7z2oc. Acesso em: 7 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 324. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584. Acesso em: 7 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) n. 958252. Relator: MIN. Luiz Fux. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4952236&numeroProcesso=958252&classeProcesso=RE&numeroTema=725. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 589998/PI. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de março de 2013. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806878/recurso-extraordinario-re-589998-pi-stf. Acesso em: 7 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 927000720085150055 92700-07.2008.5.15.0055, da 3ª Turma. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 30 de abril de 2012. Data de Publicação: DEJT 04/05/2012. Disponível em: https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21616895/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-92700072008515005 5-92700-0720085150055-tst. Acesso em: 7 dez. 2018.

BRITO, Edvaldo. **Direito tributário** : imposto, tributos sinalagmáticos, contribuições, preços e tarifas, empréstimo compulsório. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre *compliance* em direito penal. *In*: COUTINHO, Aldacy Rachid; BUSATO, Paulo César (Org.). **Aspectos jurídicos do *compliance***. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CARDOSO, André Guskow. Governança corporativa, transparência e compliance nas empresas estatais: o regime jurídico instituído pela Lei 13.303/2016. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais**: Lei 13.303/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. São Paulo: LiberArs, 2015.

COHN, Gabriel. Persistente enigma. *In*: FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012.

COMUNIDADES EUROPEIAS. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Jornal Oficial das Comunidades Europeia, C364/01, 18 dez. 2000. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 28 jul. 2018.

COUNSIL OF EUROPE. **Resolution (77) 31**. Disponível em: https://www.refworld.org/docid/5a4caf0a4.html. Acesso em: 15 nov. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. Ver., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

DAMATTA, Roberto. **O que faz o brasil, Brasil?**. Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução: Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Editora Meridiano, 1978.

DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**: Tomo I. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C, Éditeurs, 1927.

DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**: Tomo II. 2. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C, Éditeurs, 1923.

DUPRÉ, Catherine. **The age of dignity**: human rights and constitutionalism in Europe. Oxford: Hart Publising, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**: the moral Reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?:** principles for a new political debate. Priceton: Princeton University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue**: the theory and practice of equality. Cambridge: Havard University Press, 2002.

EVANS, Bucura C. Mihaescu. **The right to good administration at the crossroads of the various sources of fundamental rights in the integrated administrative system**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2015.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012.

FARIA, Sylvio Santos. **Aspectos da parafiscalidade**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1955.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Congelamento de preços: tabelamentos oficiais (parecer),** 1989. Revista de Direito Público, n. 91. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. P. 76/86. Disponível em: http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/26. Acesso em: 2 dez. 2018.

FIGUEIREDO, Rudá Santos. **Direito de intervenção e Lei 12.846/2013**: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas

morais e prática social. **Opin. Publica**, Campinas, v. 15, n. 2, p. 386-421, Nov. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 06 set. 2018.

FORSTHOFF, Ernst. **El Estado de la sociedad industrial**. Traducción de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

FORSTHOFF, Ernst. **Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania**. [S.I.]: Publicaciones del Centro de Formacion y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1966.

FOX, Thomas. **Lessons learned on compliance and ethics**. [S.I.]: Ethics360, 2012.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014.

FREITAS, Juarez. **Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração**. Seqüência (Florianópolis), n. 70, p. 115-133, jun. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/seq/n70/0101-9562-seq-70-00115.pdf. Acesso em: 15. nov. 2018.

FUKUYAMA, Francis. **As origens da ordem política**: dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa. Tradução: Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2013.

GOMES, Orlando. **Direito e desenvolvimento**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1961.

GÖZLÜGÖL, Said Vakkas. **Human being dignity-based public administration**: the road to effective good governance. Isparta: The Journal of Faculty of Economics and Administrative Sciences, 2013. Disponível em: http://dergipark.gov.tr/download/article-file/194327. Acesso em: 27 out. 2018.

GRANT-HART, Kristy. **How to be a wildly effective compliance officer**. London: Brentham House Publishing Company, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: (interpretação e crítica). 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **A constitucionalidade da Lei 13.303/2016**: a distinção entre

sociedades estatais “empresárias” e “não empresárias”. Disponível em: http://www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTE3. Acesso em: 21 dez. 2018.

LAUFER, William. Ilusões de *compliance* e governança. *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). **Tendências em governança corporative e compliance**. São Paulo: LiberArs, 2016.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípio de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1964.

LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process**. Chicago: The University of Chicago Press, 1965.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

MARX, Karl. Salário, preço e lucro. *In*: MARX, Karl. **Trabalho assalariado e capital & salário, preço e lucro**. 2 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

MATTOS, Fernando Augusto Mansor de. **Emprego público nos países desenvolvidos**: evolução histórica e diferenças nos perfis. Brasília: IPEA, 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_1578.pdf. Acesso em: 14 set. 2018.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

OECD. **Government at a glance**. Paris: OECD Publising, 2015. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2015/employment-in-the-public-sector_gov_glance-2015-22-en. Acesso em: 14 set. 2018.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Os administradores das empresas estatais**. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais**: Lei 13.303/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PAPA LEÃO XIII. **Carta Encíclica Rerum Novarum**. Vatcicano: Libreria Editrice Vaticana, 1891. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em: 11 ago. 2017.

PASQUALINI, Paulo Alberto. **Ruy Cirne Lima**: Jurista e professor emérito. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2003. v. 23. P. 177-197.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SANTOS, Tiago. Estado instituído na Constituição de 1988, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. *In*: MATOS, Taysa; SANTANA, Selma; GOSTINSKI, Aline (Org.). **Dignidade da pessoa humana:** estudos para além do direito. 2. ed. Florianópolis: Torant Lo Blanch, 2018a.

SANTOS, Tiago. Ineficácia ou inadequação interna do constitucionalismo brasileiro e teoria decisional administrativa baseada no princípio da integridade. *In*: **XXVII Congresso Nacional**, 2018, Porto Alegre. Sociologia, antropologia e cultura jurídicas. Florianópolis: CONPEDI, 2018b.

SANTOS, Tiago. Perspectivas histórico-antropológicas da apologia brasileira ao Estado Liberal e a constituição brasileira após seus 30 anos de vigência. *In*: **Visões constitucionais interdisciplinares**.1 ed. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019.

SARMENTO, Daniel. **Dimensões constitucionais da Defensoria Pública da União**. 2015. Disponível em: http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf. Acesso em: 28 jul. 2018.

SAVIGNY, M. F. C. de. **Sistema del derecho romano actual**, tomo I. Tradução: M. Ch. Guenoux. Madrid, F. Góngora y Compañía, 1878. Disponível em: https://archive.org/stream/BRes1421811#page/n185/mode/1up. Acesso em: 28 jul. 2018.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.

SMITH, Alisa. **Law, social Science, and the criminal courts**. Durham: Carolina Academic Press, 2004.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. 2. ed. Rio de Janeiro: LeYa, 2018a.

SOUZA, Jessé. **Subcidadania brasileira**: para entender o país além do jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: LeYa, 2018b.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**, C326/02, 26 out. 2012. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:C2012/326/02&from=PT. Acesso em: 28 jul. 2018.

UNITED KINGDOM. **Bribery act 2010**. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf. Acesso em: 2 dez. 2018.

UNITED KINGDOM. **Bribery act 2010:** guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/181762/bribery-act-2010-guidance.pdf. Acesso em: 2 dez. 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. **Public law 107–204—july 30, 2002**. An act to protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes. Disponível em: https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ204/pdf/PLAW-107publ204.pdf. Acesso em: 2 dez. 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**: democratizando a função administrativa. 2010. 254 f. Tese (Pós-doutorado em Administração) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas / Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/6977. Acesso: 14 fev. 2019.

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.

VOGIATZIS, Nikos. **The European Ombudsman and Good Administration in the European Union**. Basingstoke: Palgrave Macmillan UK, 2018.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução: Luís Carlos Borges. Revisão da tradução: Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003.