

Direito administrativo e pandemia

Algumas questões candentes: governança, improbidade e processo

*Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Governança; 3. Improbidade; 4. Processo administrativo; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

Chegamos ao fim de mais um ciclo de atividades do Núcleo de Direito Administrativo da Escola Paulista da Magistratura, o NEDA, que se deu entre os anos de 2019 e 2020.

Nesse período tive a grata oportunidade de ajudar a coordenar os trabalhos junto ao desembargador Wanderley Federighi, exemplo de magistrado e ser humano, uma companhia sempre agradável e inspiradora.

Na magistratura de hoje, premida pelos números², contribuir para que a nossa escola permaneça oferecendo um espaço de debate qualificado de temas atuais entre os magistrados não é algo ordinário.

É uma verdadeira trincheira que precisamos reforçar dia a dia, de modo que a chama pela busca da excelência na prestação jurisdicional mantenha-se acesa no coração dos juízes, sobretudo em tempos tão adversos³.

Pois bem, eis que é chegada também a minha vez de entregar uma produção escrita marcando o encerramento dessa etapa.

Minha proposta a respeito é tratar de um assunto que é vivo na mente de muitos dos estudam o Direito Público nos dias que correm, que é o de pensar como o Direito Administrativo pode contribuir para o bom encaminhamento de impasses (para usarmos um substantivo suave) advindos da pandemia de Covid-19.

Dentro do tema, teceremos considerações sobre três questões envolvendo governança, improbidade e processo administrativo.

Começemos.

¹ Mestre e Doutor em Direito do Estado. Coordenador adjunto do NEDA no ciclo 2019/2020.

² Sobre o fenômeno, ver MANCUSO, Rodolfo de C. *Acesso à justiça - condicionantes legítimas e ilegítimas*, 3 ed., Salvador, JusPODIVM, 2018, p. 205 e ss.. Para mais elementos sobre nossa visão a respeito, ver CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARAÚJO, Alexandra F. de. Multiplicando litígios: a eleição da métrica sentenças-por-minuto como um meio sem fim. Que lições podemos extrair da insolvência da Unimed paulistana? In COSTA, Daniel Castro G. da; FONSECA, Reynaldo Soares de; BANHOS, Sérgio Silveira; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de (coord.). *Democracia, justiça e cidadania: desafios e perspectivas - estudos em homenagem ao ministro Luís Roberto Barroso*, p. 311-327, Belo Horizonte: Fórum, 2020.

³ Afora a grave crise sanitária, econômica e política experimentada, há pesquisadores que vem o aparato de justiça brasileiro sob ameaça constante, em especial após o julgamento de rumores de corrupção envolvendo figuras de destaque na arena política e econômica. A respeito confira-se entrevista de Paul LAGUNES, professor da Columbia University's School of International and Public Affairs in *Estado de São Paulo*, 13 de julho de 2020, p. A 12.

2. Governança

Em que medida a grave crise sanitária experimentada pelo país traz à tona o problema da governança pública?

Governança, entendida como um modelo de atuação estatal que, atendendo a determinados pressupostos e bem manejando certos instrumentos⁴⁻⁵, persiga maior eficiência no gerir a coisa pública, é uma noção fundamental neste período.

A população há algum tempo vem revelando sua insatisfação para com a qualidade dos serviços que lhe são prestados pelo nosso Estado, o que foi muito marcante nas jornadas de 2013, momento que inaugurou um ciclo de agudas contestações a nossas instituições, em um movimento que ainda não arrefeceu.

Num cenário de crise econômica, política e ética, as dificuldades da nossa burocracia em oferecer resultados palpáveis ao bem-estar coletivo passou a alimentar discursos populistas que vendem o seu simples desmonte como melhor solução para o país, como se os atores privados, por conta própria, cada qual perseguindo egoisticamente seus interesses, fossem capazes de levar nossa nação à prosperidade, em cumprimento ao projeto entabulado na Constituição de 1988 (que prevê dentre seus objetivos, é bom lembrar, a redução da pobreza e das desigualdades sociais e regionais⁶).

Não bastasse o quadro bastante desafiador que se desenhou nos últimos anos, chega a pandemia e, como um meteoro, exige a pronta atuação estatal em inúmeras searas, sobretudo no que se refere à tutela da saúde e à prestação de assistência social a milhões de pessoas.

Em um momento subsequente será o Estado chamado a desenvolver políticas econômicas anticíclicas, capazes de apoiar iniciativas públicas e privadas que gerem empregos e renda, para o que é pressuposto o exercício racional do poder que está à sua disposição.

⁴ Tal como defendido por nós em estudo de meio fôlego: *Governança Pública - um ensaio sobre pressupostos e instrumentos de uma ação estatal juridicamente eficiente*, São Paulo: Quartier Latin, 2019.

⁵ O signo *governança*, que entre nós vem assumindo diversas significações, passa a ser usado com cada vez mais frequência pela nossa doutrina do Direito Público na busca da proposta de um modelo de ação estatal eficiente. Odete Medauar, ressaltando a existência de noções díspares a respeito do conceito, destaca como pontos comuns na sua caracterização a participação, a regulação e a consensualidade (*O direito administrativo em evolução*, 3. ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 359). Para um exemplo recente de abordagem nesse sentido: "(...) podemos dizer que governança pública abarca a estruturação da Administração Pública que incorpore adequados mecanismos de liderança, estratégia e controle, para que se possa exercer a gestão pública de forma eficiente, com objetivos claros a serem avaliados, monitorados e direcionados, segundo os interesses da coletividade expressos na Constituição Federal" (ALENCAR, Leandro Z. A. de. *O novo direito administrativo e governança pública - responsabilidade, metas e diálogos aplicados à Administração Pública do Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 104).

⁶ Para uma visão crítica a essa perspectiva do fenômeno econômico: "(...) não existem mercados em 'estado puro', isto é, não existe capitalismo sem o papel constitutivo e a ação reguladora e corretiva do Estado. Mercados autorreguláveis, como advogam certos desavisados defensores do liberalismo econômico, são ficção científica. Compreender como e com que fins o Estado forja e delinea mercados - fazendo-os surgir onde não existiam, desenhando seus limites, protegendo a concorrência e os consumidores - é, a propósito, uma das tarefas mais interessantes e relevantes do direito econômico" (COUTINHO, Diogo R. A mão invisível e a faca no pescoço: considerações críticas sobre o "abuso de poder regulatório" na Lei nº 13.974/2019 in SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo V. B.; FRAZÃO, Ana. *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*, p. 169-180, São Paulo: RT, 2020, p. 175).

Seja em uma ou em outra frente a eficiência da atuação estatal, sob uma perspectiva maior de melhor governança a reger o funcionamento dos diferentes órgãos de nossa organização política, é tarefa inescapável dos nossos gestores⁷⁻⁸.

O descumprimento de tal encargo, além de contribuir para a trágica perda de um cem número de vidas que estão em perigo neste momento, ainda enfraquece a confiança do cidadão no serviço público, em uma marcha cujo desfecho é imprevisível.

3. Improbidade

Condutas equivocadas dos nossos gestores nesse período de crise sanitária podem ser enquadradas nos ditamos da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA)?

ALIA, como se sabe, tipifica três blocos de condutas lesivas à moralidade administrativa, a saber: as que conduzem ao enriquecimento ilícito de agentes (art. 9), as que implicam danos ao erário (art. 10) e as que violam princípios da Administração Pública (art. 11).

Neste momento nos parece evidente sua aplicação, em reforço à legislação penal pertinente, no que se refere às contratações públicas, atividade no bojo da qual vislumbra-se risco de superfaturamento de compras de equipamentos e insumos hospitalares, as quais realizam-se, de modo justificado, com dispensa de licitação⁹.

Ressalvando-se que não se pode fechar os olhos à dificuldade de oferta de muitos desses produtos em um momento em que boa parte do mundo pretende sua aquisição, o que naturalmente conduz à prática de preços mais elevados que os rotineiros para operações análogas, infelizmente, mesmo em circunstâncias tão adversas, é possível que delinquentes vejam oportunidade de lucrar indevidamente às custas da desgraça que alcançou todo o país.

⁷ Ilustrando a dificuldade que se tem, sob uma perspectiva jurídica, de tratar da questão da eficiência da ação administrativa, em especial quando esse valor se contrapõe, em tese, ao princípio da legalidade, ver CABRAL, Flávio Garcia. *O conteúdo jurídico da eficiência administrativa*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 239 e ss.

⁸ Sendo que para os juristas poderem contribuir para o êxito dessa missão desponta como relevante uma abertura epistemológica do Direito a conhecimentos produzidos por outros ramos do conhecimento, como a economia, a psicologia e a ciência política, como pondera BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 232 e ss.. Ao tratar da adoção de políticas públicas inspiradas em estudos de economia comportamental no Reino Unido, a autora afirma: “*adotam-se medidas simples, mas, que baseadas em estudos comportamentais, são capazes de economizar recursos públicos. Pretende-se ainda incentivar os cidadãos a pensarem sobre as suas escolhas. Desde a sua criação, em 2010, a unidade Nudge já gerou uma economia de L 300 milhões de libras esterlinas. Como medidas bem sucedidas, citam-se o aumento do número de multas pagassem função do envio de mensagens de texto personalizadas aos infratores e o aumento da arrecadação tributária em 15% ao se informar aos contribuintes devedores que a maior parte dos habitantes da cidade já havia quitado seus tributos*”(p. 235/236). Também defendendo uma maior interdisciplinariedade e pragmatismo como métodos a balizar a pesquisa em Direito, é a reflexão de MENDONÇA, José Vicente S. de. A verdadeira mudança de paradigmas no direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo in *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 265, p. 179-198, Rio de Janeiro: FGV, jan.-abr. de 2014, p. 188 e ss.

⁹ Para uma leitura quanto aos diferentes níveis de formalidade legal que seriam exigíveis das autoridades em contratações públicas determinadas por desastres naturais, isso a depender do grau de urgência que marca a celebração de tais vínculos, fator que inclusive pode aproximá-las do instituto da requisição administrativa, ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. Desastres naturais e as contratações emergenciais in *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 265, p. 149-178, Rio de Janeiro: FGV, jan.-abr. de 2014, p. 161 e ss.

De se perguntar, ainda, se no manejo do poder de polícia¹⁰ seria possível alguma malversação capaz de atrair a incidência da LIA?

A questão, que nos foi colocada por Thais Marçal em evento da Escola Superior da Advocacia do Rio de Janeiro¹¹, foge um pouco do lugar comum nessa matéria.

Poder de polícia, como se sabe, é o nome pelo qual se designam as atividades administrativas que, restringindo a esfera de liberdade dos particulares, busquem a preservação de valores caros à comunidade, os quais são bastante diversos e normalmente sintetizados sob o (elástico) conceito de ordem pública.

Para as condutas tipificadas nos arts. 9 e 10 da LIA, ou seja, que impliquem enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, teríamos que pensar em ações ou omissões imputadas aos gestores públicos que, no bojo de sua competência ordenadora¹², produzissem tais efeitos.

Um exemplo para a primeira hipótese seria uma decisão restritiva de direitos (como uma determinação para fechamento de estabelecimentos comerciais) que tivesse por fim não o resguardo da saúde pública por meio da limitação da circulação de pessoas, mas sim o propósito de favorecer alguns agentes econômicos em detrimento de outros.

Ou seja, estaríamos diante de um caso típico de desvio de poder, mas que, pelo menos, pela experiência acumulada a respeito em nosso país, não seria de fácil caracterização, seja pela generalidade dos comandos editados por Estados e Municípios no sentido de paralização em seus territórios de atividades industriais e comerciais consideradas não essenciais, seja pela adoção de medidas do mesmo tipo por inúmeros países em todo o globo, amparadas no conhecimento técnico-científico que vem se mostrando mais coerente com políticas públicas que priorizem a preservação de vidas neste momento.

Já para a segunda hipótese (art. 10 da LIA), difícil vislumbrar conduta dolosa da autoridade que, para enfrentamento da crise sanitária, estabeleça ou deixe de estabelecer restrições à liberdade individual de modo a gerar prejuízo ao patrimônio público. Ainda que a imposição de óbices ao desenvolvimento de negócios presumivelmente acarrete perda de receitas tributárias, isso acaba sendo um efeito colateral de uma decisão que se pauta por um interesse público maior.

Por outro lado, a não adoção de medidas restritivas à liberdade individual, ou a sua adoção em nível menos intenso do que recomendado pelos técnicos da área sanitária, pode implicar um aumento de casos de contaminados pela Covid-19, mas é tão difícil quantificar o fenômeno quanto relacioná-lo a prejuízo ao erário.

Se o quadro delineado já é difícil com o filtro do elemento anímico do dolo, quanto mais com o da culpa grave, na visão que vem sendo dada pelos Tribunais à “culpa” constante do *caput* do art. 10 da LIA.

¹⁰ Para uma leitura contemporânea do clássico tema do poder de polícia/faceta autoritária da atuação estatal como elemento da função regulatória a cargo da Administração, ver BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 163 e ss.; VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil - justificação, interpretação e aplicação*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 136 e ss.

¹¹ Evento realizado em 06 jun. 2020 juntamente com Estevão Gomes e Leonardo Rocha com o tema Poder de Polícia e Improbidade Administrativa. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=go08ltihQEI>. Acesso em: 26 jun. 2020.

¹² Nome usado por parte da doutrina para designar a competência de polícia administrativa a cargo das autoridades. Ilustrando tal abordagem, ver SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, São Paulo: Malheiros, 2003.

Resta, então, perquirir se o mau manejo do poder de polícia durante a pandemia poderia ser tipificado nos termos do art. 11 da LIA, que prevê como ato de improbidade aquele que atente contra os princípios da Administração Pública.

Ainda que compartilhem das preocupações apontadas por importante parte da doutrina contemporânea quanto à necessidade de alguma reserva no enquadramento dos comportamentos dos nossos gestores nos termos do art. 11 da LIA, sobretudo quando se persegue sua punição por atos que não impliquem uma violação clara da lei, é possível que o dispositivo possa desempenhar função relevante no contexto examinado.

Além do reforço à reprimenda ao *desvio de poder* já devidamente constante do inciso I do art. 11¹³, a não motivação de atos que impliquem severa restrição a liberdades individuais em prol da saúde pública durante a crise sanitária, poderia, em tese, justificar a aplicação da Lei de Improbidade.

Os atos administrativos, por serem praticados por servidores públicos no exercício de poderes que lhes são conferidos para o cumprimento de tarefas caras à coletividade, devem ser motivados, ou seja, serem passíveis de explicação para os seus destinatários¹⁴⁻¹⁵.

Os atos administrativos não motivados são nulos, isso nos termos do que é previsto de modo expresso na Lei nº 4.717/1965 (art. 2^a, “d”), cuja alínea “d” do parágrafo único do seu art. 2º estabelece: “a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido¹⁶”.

Numa situação como a exposta, a inexistência de motivação idônea para limites graves impostos aos cidadãos ofenderia, pois, a letra da lei.

Tal fato, por si só, conduziria a incidência do *caput* do art. 11 da LIA?

Sem prejuízo de melhor reflexão quanto ao ponto, nos parece que só a inobservância do art. 2º, “d” da Lei nº 4.717 pode não ser o suficiente para revelar o dolo do administrador público em agir de modo desonesto ou temerário, que seriam os bens jurídicos

¹³ Art. 11 da Lei nº 8.429/92 – “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência (...)”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 28 jun. 2020).

¹⁴ Essa possibilidade de definição que propomos para “motivação” leva em conta que a dinâmica da vida no âmbito das repartições públicas, embora inviabilize que todo ato seja acompanhado de prévia motivação por escrito, pelo menos exige que a autoridade, após questionada quanto ao seu comportamento, ofereça as razões que o justificam. Em outra oportunidade alocamos tal ônus sob a perspectiva de um dever mais geral de “prestação de contas” (*Governança Pública - um ensaio sobre pressupostos e instrumentos de uma ação estatal juridicamente eficiente*, São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 144 e ss.).

¹⁵ Sobre o dever de motivação dos atos administrativos, ver ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*, Coimbra: Almedina, 2007. Para comentários acerca do reforço do ônus argumentativo imposto à Administração por força de alterações recentes ocorridas em nosso direito positivo, dentre as quais se destacam as promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655/2018, ver NOHARA, Irene Patrícia. *Motivação do ato administrativo na disciplina de Direito Público da LINDB in VALIATI, Thiago P.; HUNGARO, Luis A.; CASTELLA, Gabriel M. e (coord.). Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro*, p. 3-20, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; SOUZA, Rodrigo Pagani de; ALENCAR, Letícia Lins de. O dever de contextualização na interpretação e aplicação do Direito Público *in VALIATI, Thiago P.; HUNGARO, Luis A.; CASTELLA, Gabriel M. e (coord.). Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro*, p. 51-72, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

¹⁶ Art. 2º da Lei nº 4.717/1965 - “São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: (...) d) inexistência dos motivos; (...). Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 28 jun. 2020).

mais relevantes tutelados pela Lei nº 8.429/92, justificando a vigência autônoma desse diploma em nosso sistema jurídico.

Nada obstante, imagine uma hipótese em que a autoridade, mesmo intimada por órgãos de controle a justificar um ato restritivo de direitos adotado neste período, seja esse de índole geral e abstrata ou individual e concreta, simplesmente não o faça, dando de ombros à requisição de esclarecimentos que lhe é dirigida.

Será que uma circunstância como a descrita não qualificaria a ofensa à legalidade decorrente da ausência de motivação, revestindo-a de maior gravidade, a ensejar a aplicação da LIA?

Note-se que um raciocínio análogo pode ser aplicado ao anverso da moeda, ou seja, à hipótese na qual uma autoridade é questionada por não adotar medidas restritivas à liberdade individual vocacionadas a preservação da saúde pública, isso apesar de instada a tanto por setores técnicos da burocracia estatal.

4. Processo administrativo

Por que o processo administrativo deve ser valorizado tanto no curso desses dias difíceis como após o fim da calamidade pública?

No mesmo contexto do ônus de motivação das medidas excepcionais adotadas (ou não) durante a pandemia pelas diversas esferas de governo, emerge a preocupação com o papel a ser cumprido pelo instituto do *processo administrativo* nesse período.

Isso por duas razões principais.

Como se sabe, o *processo administrativo* é um instrumento para o aprimoramento da decisão estatal tanto sob uma perspectiva interna como externa.

Isto é, seguindo-se um iter preordenado para a realização de escolhas que terão impacto na vida das pessoas, o qual envolve a criação de oportunidades para ouvi-las e a colheita de evidências em instrução adequada, busca-se, de um lado, a eficiência da política a ser adotada e, de outro, a tutela dos direitos e interesses dos cidadãos¹⁷.

Logo, sob essas duas perspectivas a valorização do *processo administrativo* é vital para a própria legitimidade do nosso Estado, já que, como é intuitivo, os cidadãos tendem a ser mais “favoráveis a” e a “agir colaborativamente com” governantes cujo poder seja exercido em bases racionais e de modo a produzir efeitos palpáveis em prol do bem-estar coletivo¹⁸.

¹⁷ Sobre os papéis a serem desempenhados pelo processo administrativo no aprimoramento da função estatal, ver MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 2 ed., São Paulo: RT, 2008, p. 65 e ss.; BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 169 e ss.. Em especial no que se refere a sua importância para o controle da discricionariedade administrativa, ver PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade – métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*, Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 236 e ss.. Para uma reflexão acerca da sua função em prol da garantia da segurança jurídica, ver DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo como instrumento de segurança jurídica in MARQUES NETO*, Floriano de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene P.; MARRARA, Thiago (org.). *Direito e administração pública - estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, p. 685-699, São Paulo: Atlas, 2013. Sobre o processo administrativo como uma ferramenta a serviço da Democracia, ver SCHIRATO, Vitor R.. *O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia in MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (org.). Atuais rumos do processo administrativo*, p. 9-51, São Paulo: RT, 2010.

¹⁸ “Legitimação, eficiência e garantia são os principais objetivos dos processos administrativos no Estado Democrático de Direito. Todavia, não se esgotam aí as suas finalidades. Além dessas, a doutrina costuma ainda acentuar o papel que os processos administrativos exercem como meio de controle da Administração Pública, sobretudo no que se refere ao exercício do poder discricionário, que resta substancialmente limitado quando conformado à via processual participativa” (BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 172).

Para a formulação de políticas públicas para lidar com os efeitos da crise sanitária, tanto no hoje como no amanhã, os gestores deverão: 1) proceder a um diagnóstico preciso dos problemas a serem enfrentados; 2) eleger prioridades; 3) estabelecer metas a serem atingidas; e 4) planejar adequadamente de como fazê-lo, com a mobilização de fatores materiais e humanos indispensáveis para tanto.

A forma de levar a cabo tal missão em conformidade com os ditames do nosso ordenamento jurídico é pelo *processo*, que, vale lembrar, em termos de direito positivo, ainda mereceu atenção em três leis recentes.

Se sob o prisma individual as garantias previstas nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição, aliadas à disciplina da Lei nº 9.784/1999, já vinham servindo de anteparo aos cidadãos em face do arbítrio, tanto não vinha se dando sob a perspectiva coletiva, sobretudo no que concerne ao exercício do poder regulamentar¹⁹.

Neste contexto surgem o art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²⁰, art. 5º da Lei de Liberdade Econômica²¹ e art. 6º da Lei das Agências Reguladoras²².

¹⁹ “Sem ignorar a importância de soluções de caráter institucional, avulta crescentemente o relevo das medidas de natureza procedimental. Assim sucede não apenas quanto à formação dos atos e dos contratos administrativos, mas também a respeito do procedimento de formação de regulamentos administrativos. Numerosos regulamentos contêm disposições que afetam de modo direto e imediato direitos e interesses legalmente protegidos. O imperativo de audiência dos interessados coloca-se que tais circunstâncias em termos idênticos aos respeitantes à necessidade tal diligência antes da emissão de atos administrativos desfavoráveis. Mas, mesmo quando a incidência dos preceitos contidos nos regulamentos pareça apenas de natureza geral e abstrata, o papel destes na acomodação de interesses públicos e particulares justifica - designadamente sob inspiração da práxis norte-americana - um maior grau de fundamentação e de escrutínio sobre a ponderação levada a cabo para efeito da determinação das soluções e sobre a consonância destas com os fins visados pelas leis regulamentadas”(CORREIA, J. M. Sérulo. O direito administrativo ao longo das últimas décadas in MARQUES, Francisco P.; COIMBRA, José D.; FREITAS, Tiago F. de. (org.). *Escritos de direito público*, v.I, Direito Administrativo, p. 193-209, Coimbra: Almedina, 2019 - texto de 2015, p. 208-209)

²⁰ Art. 29 do Decreto-lei nº 4.657/1942 - “Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. § 1º A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver” (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 02 jul. 2020.

²¹ Art. 5º da Lei nº 13.874/2019 - “As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 02 jul. 2020.

²² Art. 6º da Lei nº 13.848/2019 - “A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. § 1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada. § 2º O regimento interno de cada agência disporá sobre a operacionalização da AIR em seu âmbito. § 3º O conselho diretor ou a diretoria colegiada manifestar-se-á, em relação ao relatório de AIR, sobre a adequação da proposta de ato normativo aos objetivos pretendidos, indicando se os impactos estimados recomendam sua adoção, e, quando for o caso, quais os complementos necessários. § 4º A manifestação de que trata o § 3º integrará, juntamente com o relatório de AIR, a documentação a ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, caso o conselho diretor ou a diretoria colegiada decida pela continuidade do procedimento administrativo. § 5º Nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm. Acesso em: 02 jul. 2020.

Não sem resistências e contramarchas²³, já que a exigência de processo como condição para o exercício de poder significa justamente limite às autoridades públicas, tem-se que o tema avança entre nós, isso em um momento em que se exige Estado mais responsivo, o que implica necessariamente uma Administração Pública como um espaço de realização de Justiça (função que, assim, deixa de ser vista como atribuição exclusiva - ou quase exclusiva - do Judiciário²⁴).

Quanto a este último aspecto deve-se ressaltar que, além do seu papel fundamental no desenho de políticas públicas eficientes, o *processo* ainda é o caminho pelo qual as repartições públicas deverão oferecer respostas fundamentadas aos pleitos que a população lhe apresentar em razão da pandemia²⁵.

Dessa forma, em havendo regulamento que determine o fechamento de um dado tipo de estabelecimento por risco de propagação do Covid-19, caso um empreendedor afetado entenda que haveria forma de continuar a exercer suas atividades com algumas restrições, com implantação de protocolos de serviço capazes de mitigar risco à saúde pública de seus funcionários e clientes, este deve formular seu pleito à repartição pública competente, a qual deverá respondê-lo de forma fundamentada, justificando a proporcionalidade da medida de força manejada.

O mesmo se diga quanto a inúmeras pretensões de natureza tributária que possam surgir no período, especialmente envolvendo impostos sobre propriedade cujo uso restou impossibilitado em razão de determinação do Poder Público, ou dificuldades para empresas manterem os termos de programas de parcelamento já assumidos durante os meses nos quais tiveram seu funcionamento total o parcialmente interditado.

Todas essas situações envolvem milhares de contribuintes e precisam ser detidamente analisadas pela Administração, no bojo de um devido processo²⁶, redundando em decisões suficientemente motivadas, do que deve resultar precedentes a serem considerados para

²³ Confira-se, a respeito, o art. 21 do Decreto nº 10.411 de 30 de junho de 2020, que regulamenta a análise de impacto regulatório prevista na Lei de Liberdade Econômica e na Lei das Agências Reguladoras: “a inobservância ao disposto neste Decreto não constitui escusa válida para o descumprimento da norma editada e nem acarreta a invalidade da norma editada”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10411.htm. Acesso em: 25 jul. 2020. O dispositivo, como se vê, surpreende, já que tende a minar de ineficácia a própria ideia de processualidade que subjaz o esforço legal em obrigar a Administração a cumprir um devido processo antes da expedição de atos normativos.

²⁴ “O processo administrativo oferece possibilidade de atuação administrativa com justiça. Encontra-se mesmo a afirmação de que o ‘núcleo de todas as teorias clássicas do procedimento é a relação com a verdade ou com a verdadeira justiça como objetivo’. O procedimento administrativo direciona-se à realização da justiça não só pelo contraditório e ampla defesa vistos do ângulo do indivíduo, mas também por propiciar o sopesamento dos vários interesses que envolvem uma situação” (MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 2 ed., São Paulo: RT, 2008, p. 71-72).

²⁵ “Tem-se por óbvio que quando a Constituição assegura o direito de petição, isso não pode se resumir ao direito de protocolar um pedido perante a Administração Pública. É ululantemente óbvio que o direito de petição traz implícito o direito a uma decisão fundamentada da petição apresentada” (DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo como instrumento de segurança jurídica in MARQUES NETO, Floriano de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene P.; MARRARA, Thiago (org.). Direito e administração pública - estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, p. 685-699, São Paulo: Atlas, 2013, p. 687).

²⁶ O que pressupõe a sua abertura para a participação popular, com a possibilidade de oitiva de todos os potenciais interessados nas medidas examinadas. Sobre o tema: “(...) a participação democrática se incorpora à Administração moderna como instrumento de gestão, possibilitando ao administrador conhecer melhor o problema a ser enfrentado, e, a partir da participação dos atores envolvidos, buscar a melhor adequação entre objetivos e resultados, com racionalidade econômica” (ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. *Participação democrática na Administração - o procedimento da reforma do plano diretor da cidade de São Paulo - fase do Executivo - Gestões Kassab (2006-2012) e Haddad (2013-2016)*, São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 29).

apreciação de pretensões futuras análogas²⁷, bem como a emissão de novos regulamentos a conferir caráter geral às deliberações mais relevantes, isso haja vista o dever que incumbe ao gestor quanto à garantia da isonomia e proporcionalidade nas suas ações²⁸⁻²⁹.

5. Conclusão

Neste ensaio tratamos de alguns temas atinentes ao Direito Administrativo cuja relevância emerge nesse período de crise sanitária.

Nos propusemos a discorrer sobre *governança*, *improbidade* e *processo*, pensando como essas noções e institutos podem ou devem ser trabalhados enquanto enfrentamos a situação de calamidade pública e, em especial, nos momentos subseqüentes ao seu estágio mais crítico, quando estivermos reorganizando nosso Estado e sociedade para o que está por vir.

As pessoas estão perdendo, com uma boa dose de razão, a paciência com uma Administração ineficiente, que exige altos impostos para sua manutenção e devolve, como contrapartida, serviços de baixa (quando não péssima) qualidade.

Uma situação difícilima como a ora experimentada recoloca luzes sobre o serviço público como um todo, sobre sua importância para a interdependência social, sobre a imprescindibilidade de um governo que consiga adequadamente coordenar esforços públicos e privados em prol do bem comum.

Que não deixemos essa chance passar.

Oxalá nossos governantes e servidores despertem para as exigências dos novos tempos, pensando, cada qual dentro de suas atribuições, como podem produzir melhores resultados para a população através do uso inteligente/econômico dos recursos à sua disposição.

O não despertar, como já ponderado, pode acarretar resultados imprevisíveis para a manutenção de nossa ordem democrática, em desdobramentos que podem ser altamente prejudiciais para a grande maioria da população.

Referências

ALENCAR, Leandro Z. A. de. *O novo direito administrativo e governança pública - responsabilidade, metas e diálogos aplicados à Administração Pública do Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

²⁷ Sobre o tema precedentes administrativos, ver LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Precedentes administrativos & vinculação da atividade administrativa*, Curitiba: Juruá, 2017.

²⁸ Note-se que o art. 30 da LINDB inclusive determina que a Administração atue “para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”, instrumentos que tem caráter vinculante pelo respectivo órgão emissor, até oportuna revisão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2020. Comentando o dispositivo, pontuam Floriano de A. MARQUES NETO e Rafael Vêras de FREITAS: “O racional dos precedentes é, de um lado, garantir a previsibilidade a propósito de entendimentos administrativos, e, de outro, não tratar situações iguais de forma distinta - o que afrontaria a isonomia” (*Comentários à Lei nº 13.655/2018 - Lei da Segurança para a Inovação Pública*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 168).

²⁹ Valendo ainda ressaltar que o êxito em se encontrar soluções de equilíbrio em todos esses pleitos em boa medida dependerá da disposição de os gestores buscarem soluções consensuais para os impasses, o que hoje encontra um dos seus fundamentos legais expressos no art. 26 da LINDB. Acerca do tema transação extrajudicial na Administração, ver SANTOS, Bruno Grego. *Transação extrajudicial na administração pública*, São Paulo: RT, 2019; OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). *Acordos administrativos no Brasil*, Coimbra: Almedina, 2020 (obra coletiva).

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*, Coimbra: Almedina, 2007.

ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. *Participação democrática na Administração - o procedimento da reforma do plano diretor da cidade de São Paulo - fase do Executivo - Gestões Kassab (2006-2012) e Haddad (2013-2016)*, São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CABRAL, Flávio Garcia. *O conteúdo jurídico da eficiência administrativa*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CORREIA, J. M. Sérvulo. O direito administrativo ao longo das últimas décadas in MARQUES, Francisco P.; COIMBRA, José D.; FREITAS, Tiago F. de. (org.). *Escritos de direito público*, v.I, Direito Administrativo, p. 193-209, Coimbra: Almedina, 2019 (texto de 2015).

COUTINHO, Diogo R. A mão invisível e a faca no pescoço: considerações críticas sobre o “abuso de poder regulatório” na lei 13.974/2019 in SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo V. B.; FRAZÃO, Ana. *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*, p. 169-180, São Paulo: RT, 2020.

CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da. *Governança Pública - um ensaio sobre pressupostos e instrumentos de uma ação estatal juridicamente eficiente*, São Paulo: Quartier Latin, 2019.

CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARAÚJO, Alexandra F. de. Multiplicando litígios: a eleição da métrica sentenças-por-minuto como um meio sem fim. Que lições podemos extrair da insolvência da Unimed paulistana? In COSTA, Daniel Castro G. da; FONSECA, Reynaldo Soares de; BANHOS, Sérgio Silveira; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de (coord.). *Democracia, justiça e cidadania: desafios e perspectivas - estudos em homenagem ao ministro Luís Roberto Barroso*, p. 311-327, Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DALLARI, Adilson Abreu. Processo administrativo como instrumento de segurança jurídica in MARQUES NETO, Floriano de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene P.; MARRARA, Thiago (org.). *Direito e administração pública - estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, p. 685-699, São Paulo: Atlas, 2013.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Precedentes administrativos & vinculação da atividade administrativa*, Curitiba: Juruá, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de C. *Acesso à justiça - condicionantes legítimas e ilegítimas*, 3 ed., Salvador, JusPODIVM, 2018.

MARQUES NETO, Floriano de A.; FREITAS, Rafael Véras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 - Lei da Segurança para a Inovação Pública*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MENDONÇA, José Vicente S. de. A verdadeira mudança de paradigmas no direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo in *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 265, p. 179-198, Rio de Janeiro: FGV, jan.-abr. de 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. Desastres naturais e as contratações emergenciais in *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 265, p. 149-178, Rio de Janeiro: FGV, jan.-abr. de 2014.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 2 ed., São Paulo: RT, 2008.

- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, 3. ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- NOHARA, Irene Patrícia. Motivação do ato administrativo na disciplina de Direito Público da LINDB in VALIATI, Thiago P.; HUNGARO, Luis A.; CASTELLA, Gabriel M. e (coord.). *Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro*, p. 3-20, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). *Acordos administrativos no Brasil*, Coimbra: Almedina, 2020 (obra coletiva).
- PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade - métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*, Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- SANTOS, Bruno Grego-. *Transação extrajudicial na administração pública*, São Paulo: RT, 2019.
- SCHIRATO, Vitor R. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia in MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (org.). *Atuais rumos do processo administrativo*, p. 9-51, São Paulo: RT, 2010.
- SOUZA, Rodrigo Pagani de; ALENCAR, Leticia Lins de. O dever de contextualização na interpretação e aplicação do Direito Público in VALIATI, Thiago P.; HUNGARO, Luis A.; CASTELLA, Gabriel M. e (coord.). *Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro*, p. 51-72, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, São Paulo: Malheiros, 2003.
- VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil - justificação, interpretação e aplicação*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

