

TERCEIRO CICLO DE ESTUDOS

DOUTORAMENTO EM DIREITO

A (re)configuração da privacidade em ambiente laboral público, em especial quanto às medidas de controle interno estatais: uma "reabilitação" democrática das relações especiais de poder?

Danielly Cristina Araújo Gontijo

D

2015



A (re)configuração da privacidade em ambiente laboral público, em especial quanto às medidas de controle interno estatais: uma "reabilitação" democrática das relações especiais de poder?

Danielly Cristina Araújo Gontijo

Tese apresentada no âmbito do Doutoramento em Direito

Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Orientadora: Professora Doutora Luísa Neto

30 de julho de 2021

*À Dra. Luísa Neto, por ter me acompanhando durante toda essa jornada;
Aos meus pais, por me ensinarem o amor por aprender;
Às minhas irmãs, pela amizade acalentadora;
Ao Olavo, pelo amor e pela parceria que tornam tudo possível;
Ao Hugo, que concretiza todos os dias meu maior e mais potente projeto.*

RESUMO

A forma como o Estado controla internamente a atividade de seus servidores públicos é um importante e pouco explorado instrumento de combate à corrupção. Tal atividade, entretanto, encontra limites em um possível conflito com o direito à privacidade dos servidores públicos. Propõe-se analisar, à partida, o principal baldrame jurídico que ampara a atividade de controle estatal - legalidade, interesse público, boa administração e transparência - bem como os aspectos gerais do controle estatal e, de forma específica, do controle interno enquanto atividade de controle realizada pelo Estado-Administração sobre seus próprios atos. Na sequência, examina-se a forma como o Estado se relaciona com os seus servidores públicos, considerando tanto a organização hierárquica administrativa quanto a natureza da relação funcional e sua qualificação como uma relação de sujeição especial. Apresenta-se, então, os contornos de uma forma específica do controle interno, que diz respeito à forma como os servidores exercem a atividade pública, considerando especialmente um viés de integridade pública - o *controle de conduta*. Em seguida, analisa-se a aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito da relação funcional como uma relação de sujeição especial e frente ao controle de conduta estatal, inferindo-se a necessidade de harmonizá-los com o cumprimento da finalidade do ente público. De forma específica, examina-se os aspectos do direito fundamental à privacidade do servidor público no ambiente de trabalho público, especialmente em comparação com o âmbito de trabalho privado, para se concluir que, no contexto da atividade laboral, o direito à privacidade do servidor público tem âmbito de proteção efetivo mais comprimido do que o direito à privacidade do empregado privado. Ao fim, avaliam-se as possíveis hipóteses de conflito entre o direito à privacidade do servidor público e o controle de conduta estatal, para finalmente se apresentar uma delimitação concreta do controle de conduta.

Palavras-chave: controle de conduta; controle interno; relações de sujeição especial; direito à privacidade; direito à proteção de dados pessoais.

ABSTRACT

The way in which the State internally controls the activity of its public servants is an important and little-explored instrument to fight corruption. Such activity, however, finds limits in a possible conflict with the right to privacy of public servants. It is proposed to analyze, from the outset, the main legal framework that supports the activity of state control - legality, public interest, good administration and transparency - as well as the general aspects of state control and, specifically, of internal control as an activity of control carried out by the State-Administration over its own acts. Next, the way in which the State relates to its public servants is examined, considering both the hierarchical administrative organization and the nature of the functional relationship and its qualification as a relationship of special subjection. Then, the thesis presents the outlines of a specific form of internal control, which concerns the way in which public servants perform public activity, especially considering a public integrity bias - the conduct control. Then, the applicability of fundamental rights is analyzed within the scope of the functional relationship as a relationship of special subjection and under the control of state conduct, inferring the need to harmonize them with the fulfillment of the purpose of the public entity. Specifically, the aspects of the fundamental right to privacy of public servants in the public work environment are examined, especially in comparison with the private work environment, to conclude that, in the context of labor activity, the right to public servant's privacy has an effective scope of protection more compressed than the private employee's right to privacy. At the end, the possible conflict hypotheses between the public servant's right to privacy and the control of state conduct are evaluated, in order to finally present a concrete delimitation of the control of conduct.

Keywords: conduct control; internal control; special subjection relationships; right to privacy; right to protection of personal data.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS	8
INTRODUÇÃO	9
1. Apresentação do problema	9
2. Justificação contextual	11
3. Tema e objeto	15
4. Estado da arte	17
5. Objetivos gerais e específicos	18
6. Método e estrutura	18
PARTE I. A ATUAÇÃO ESTATAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	20
CAPÍTULO I. ALGUMAS BALIZAS DO ATUAR ADMINISTRATIVO APLICÁVEIS AO CONTROLE INTERNO ESTATAL	20
1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	20
1.1. Da submissão à lei à submissão ao Direito	20
1.2. Da (necessária) submissão do atuar administrativo aos direitos fundamentais	23
1.3. A constitucionalização do direito: crise do princípio da legalidade?	27
1.4. Enfim: uma visão contemporânea do princípio da legalidade	30
2. O INTERESSE PÚBLICO COMO FIM DA ATIVIDADE DO ESTADO	34
2.1. Breve histórico sobre a concepção de interesse público e o surgimento da tese da supremacia do interesse público sobre o interesse particular	36
2.2. O regime jurídico-administrativo e o interesse público	38
2.3. O princípio da supremacia do interesse público em xeque: uma crítica constitucional	40
2.4. O que dizem as vozes que não fazem coro ao réquiem	54
2.5. A discussão sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no ordenamento jurídico brasileiro	64
2.6. O interesse público como fim da atividade do Estado	69
3. O DEVER DE BOA ADMINISTRAÇÃO	75
3.1. O surgimento da ideia de boa administração no contexto europeu	76
3.2. O conteúdo da "boa administração" no âmbito da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia	80
3.3. O direito à boa administração no ordenamento jurídico interno de Portugal	86
3.4. O direito à boa administração no ordenamento jurídico brasileiro: princípio, direito ou dever?	90
4. O DEVER DE TRANSPARÊNCIA ESTATAL	99
4.1. O direito fundamental de acesso à informação	100
4.2. O direito à informação administrativa ou à informação pública	107
4.3. Os deveres estatais de publicidade e transparência	116
4.3.1. Informação, publicidade e transparência: fundamentos do Estado de direito, do Estado democrático e do Estado republicano	116
4.3.2. As dimensões da publicidade e da transparência	121
4.4. Enfim, a <i>accountability</i>	130
CAPÍTULO II. O CONTROLE INTERNO ESTATAL	134
1. OS CONTROLES DO ESTADO	134
1.1. O moderno conceito operatório de controle estatal	134
1.2. Os fundamentos do controle estatal	139
1.3. O controle institucional e o controle social	142

1.4. Qual a razão última do controle da atividade administrativa do Estado?	148
2. O CONTROLE ADMINISTRATIVO INTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	150
2.1. Visão geral do controle interno estatal	150
2.2. Do contexto do controle na administração burocrática à moderna ótica de integridade.	152
2.3. Da abrangência da concepção de controle interno	160
2.4. O controle interno para efeitos de controle da integridade pública	167
2.5. Razão de ordem e recorte temático	181
PARTE II. O CONTROLE INTERNO ESTATAL EM RELAÇÃO AOS SERVIDORES PÚBLICOS	183
CAPÍTULO I. DA FORMA COMO O ESTADO SE RELACIONA COM OS SERVIDORES PÚBLICOS	183
1. A RELAÇÃO FUNCIONAL	183
1.1. A personalidade jurídica do Estado e a manifestação da vontade estatal	183
1.2. Os agentes públicos e a delimitação do conceito de servidor público	192
1.3. A burocracia e a história recente da relação funcional	196
1.4. A natureza jurídica do vínculo funcional	199
2. OS SERVIDORES PÚBLICOS NA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO	207
2.1. Os poderes e os deveres funcionais na organização hierárquica administrativa	207
2.2. Em especial, o poder disciplinar	215
2.3. A posição dos servidores na organização administrativa do Estado	221
3. AS RELAÇÕES DE SUJEIÇÃO ESPECIAL	225
3.1. Por que ainda é necessário tratar da teoria das relações de sujeição especial	225
3.2. O desenvolvimento teórico e a reabilitação democrática das relações de sujeição especial	228
3.3. A relação funcional como uma relação de sujeição especial	254
CAPÍTULO II. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE SUJEIÇÃO ESPECIAL E, EM ESPECIAL, NO PLANO DO CONTROLE DE CONDUTA	257
1. DELIMITANDO OS CONTORNOS DO CONTROLE DE CONDUTA	257
1.1. O controle comportamental numa perspectiva preventiva do controle de conduta	261
1.2. Os deveres funcionais: uma perspectiva repressiva do controle de conduta	276
1.2.1. O regime disciplinar	278
1.2.2. O regime de censura ética: as "infrações morais"	293
2. A RESTRINGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	303
2.1. O vínculo de sujeição especial como um possível fundamento de restrições específicas a determinados direitos fundamentais	325
3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS SERVIDORES NO ÂMBITO DA RELAÇÃO FUNCIONAL: EM ESPECIAL, O CONTROLE DE CONDUTA	338
PARTE III. A (RE)ANÁLISE DO DIREITO À PRIVACIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS E O CONTROLE INTERNO DE CONDUTA	344
CAPÍTULO I. UMA (RE)CONFIGURAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE	344
1. A VALORAÇÃO MODERNA DA PRIVACIDADE	344

1.1. A privacy comportamental ou decisional e a privacy informacional	355
1.2. O direito à autodeterminação informativa	364
1.3. Uma visão multidimensional da privacy	370
2 O DIREITO À PRIVACIDADE NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA	375
2.1. A insuficiência do simples critério semântico	375
2.2. O direito à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro como <i>cluster right</i> funcionalizado à amplitude do conceito	387
CAPÍTULO II. O DIREITO À PRIVACIDADE NO AMBIENTE LABORAL	393
1. O DIREITO À PRIVACIDADE NO AMBIENTE LABORAL PRIVADO	393
1.1. A eficácia dos direitos fundamentais pressupostos na relação de trabalho	395
1.2. Os poderes do empregador	396
1.3. O direito à privacidade do empregado	402
2. O DIREITO À PRIVACIDADE EM AMBIENTE LABORAL PÚBLICO	406
2.1. Pressuposto da análise (i): a relação funcional como uma espécie de relação de sujeição especial democraticamente reabilitada	408
2.2. Pressuposto da análise (ii): a menor liberdade de conformação do poder de controle estatal, em razão da submissão ao princípio da juridicidade	409
2.3. Pressuposto da análise (iii): a fundamentação do controle de conduta na tutela do interesse público	412
2.4. Pressuposto da análise (iv): a fundamentação do controle de conduta na boa administração	415
2.5. Pressuposto da análise (v): o direito fundamental à informação e o dever estatal de transparência como elementos que afetam a privacidade no ambiente laboral público	417
2.6. Pressuposto da análise (vi): o controle de conduta como elemento que intensifica a importância da procedimentalização, reforçando a segurança jurídica da atuação estatal	420
2.7. Pressuposto da análise (vii): o controle de conduta como elemento que reforça o controle social	421
2.8. Pressuposto da análise (viii): o servidor público como pessoa pública	422
2.9. Os poderes do “Estado-empregador”	424
2.10. Diretrizes gerais para a conformação do conflito entre o direito à privacidade do servidor e o controle de conduta no espaço laboral público	427
CAPÍTULO III. ENFIM, A CONFORMAÇÃO PRÁTICA ENTRE O CONTROLE DE CONDOTA E A PRIVACIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS	435
1. O CONTROLE COMPORTAMENTAL E O DIREITO À PRIVACIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO	436
1.1. Potenciais medidas de mitigação de riscos para a integridade pública	436
1.2. O monitoramento dos e-mails dos servidores públicos	447
1.3. O monitoramento da navegação na web em dispositivos funcionais e pessoais	450
1.4. O monitoramento de telefones funcionais: os dados e conteúdos de comunicações telefônicas, os aplicativos de mensagem instantânea e os serviços de geolocalização	453
1.5. O tratamento de dados pessoais dos servidores públicos como medida de mitigação do risco de conflito de interesses	458
1.6. O tratamento de dados patrimoniais dos servidores públicos como medida mitigatória de enriquecimento ilícito	468
1.7. O comportamento humano como ferramenta de mitigação dos riscos de quebra de integridade	474

2. CONTROLE DE CONDUTA REPRESSIVO E O DIREITO À PRIVACIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO	481
2.1. Da possibilidade de o controle preventivo dar ensejo ao controle repressivo	484
2.2. Os poderes de instrução no processo disciplinar e a possibilidade de produção de provas que conflituem com o direito à privacidade dos servidores públicos	486
2.2.1 Provas decorrentes das comunicações do servidor público - em andamento e já finalizadas - utilizando equipamentos funcionais	492
2.2.2. Provas decorrentes de dados de navegação na rede	496
2.2.3. Provas decorrentes de dados de geolocalização	498
2.2.4. A possibilidade de prova emprestada	499
2.2.5. A amplitude dos meios de prova digitais	501
CONCLUSÃO	507
BIBLIOGRAFIA	514

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ANPD – Autoridade Nacional de Proteção de Dados

BYOD – Bring your own device

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

CEP – Comissão de Ética Pública

CGU – Controladoria-Geral da União

CPA – Código de Procedimento Administrativo Português

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

EC – Emenda Constitucional

IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa

IN – Instrução Normativa

INTOSAI – International Organization of Supreme Audit Institutions

IP – Internet protocol addresses

LAI – Lei de Acesso à Informação

LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira

MOSCR – Modelo Simples de Crime Racional

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ONU – Organização das Nações Unidas

RGPD – Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais europeu

STF – Supremo Tribunal Federal Brasileiro

STJ – Superior Tribunal de Justiça Brasileiro

UGI – Unidade de gestão de integridade

VPN – virtual private network

INTRODUÇÃO

1. Apresentação do problema

i. No âmbito da Administração Pública, é possível enxergar o controle interno como um olhar do Estado para dentro de sua própria estrutura - ou seja, é o controle que o Estado-Administração realiza sobre suas próprias atividades. Se, em sua origem, essa espécie de fiscalização ligava-se essencialmente a aspectos financeiros e contábeis, a atividade de controle foi se robustecendo com o passar do tempo e, especialmente, com o amadurecimento do Estado de Direito e do regime democrático, assumindo, sucessivamente (em agregação) os vieses de controle de legalidade, de controle de legitimidade e de controle de eficiência. Mas, de forma ainda mais recente, parece estar-se assistindo a uma nova metamorfose evolutiva da atividade de controle, que, afinal, acabará iluminando todas as suas antecessoras: o controle sob viés da integridade pública.

Com efeito, ao menos nas últimas décadas, é possível identificar claros movimentos orientativos de organismos internacionais (por exemplo, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE ou a Organização das Nações Unidas - ONU) no sentido de que os países passem a ter um olhar para sua própria atividade pública com o intuito específico de fomentar a ética, a probidade, de modificar a cultura e o ambiente institucional. Essa mudança do *mindset* institucional, aliás, parece ser um dos principais aspectos desse novo viés de integridade pública, que se caracteriza por tentar fazer com que as razões dos agentes públicos realmente acolham as razões do movimento por mais ética, honestidade e probidade. Ou seja, busca-se desenvolver uma consciência institucional de que, *a priori*, a necessidade de o agente público agir de forma correta (proba, íntegra, ética) enquanto representante do Estado deriva não da existência de uma norma que possibilite sancionar administrativamente aquele indivíduo que se afasta deste caminho, mas sim da ideia de que deve se fazer o certo simplesmente porque é certo. Trata-se, pois, de uma aceitação de controle da atividade pública que trabalha não com o recrudescimento de motivações extrínsecas para o indivíduo agir corretamente (como o aumento de sanções ou o simples fortalecimento das estruturas de controle repressivo), mas sim com a conscientização e o desenvolvimento de motivações intrínsecas do indivíduo que o estimulem a (ao menos *quase*) sempre fazer o que é certo.

Essa forma de controle, ademais, tem um olhar peculiar que a diferencia das demais: é uma forma de controle interno estatal à qual especialmente interessa a *conduta* dos agentes públicos, razão pela qual propõe-se denominá-la *controle de conduta*. É que, além de controlar internamente o gasto das verbas públicas e o uso dos bens públicos de acordo com os interesses da sociedade, além de fiscalizar a correção dos processos e dos

procedimentos, a legalidade e a legitimidade das decisões e a eficiência das práticas administrativas, parece importar sobremaneira ao Estado saber *como* tudo isso se materializa - ou seja, saber se, no curso do *iter* trilhado para se chegar àqueles resultados, os agentes responsáveis por essas atividades observaram tanto as diretrizes de gestão quanto, especialmente, os deveres funcionais, os deveres éticos, se atuaram de acordo com os valores de integridade. Isso porque, como a atuação do servidor, nesse caso, é a atuação do Estado-Administração, cabe a este Estado-Administração saber exatamente não apenas em que essa atuação resulta, mas também *como* ela é praticada, em uma ideia aproximada de que os fins não justificam os meios (ou seja, de que ao Estado não interessa, por exemplo, um bom resultado obtido em razão de uma atuação ímproba de um servidor público).

ii. Noutras palavras, busca-se trazer neste estudo um novo olhar sobre o controle interno estatal, considerando seu novel viés de integridade pública e, para tanto, subdividindo o controle de conduta em controle preventivo (comportamental) e em controle repressivo (disciplinar e ético), com especial enfoque na atuação dos *servidores públicos* (aqueles que mantêm com o Estado uma relação de trabalho de *natureza profissional* e caráter *não eventual* sob *vínculo de dependência*). Sem desconsiderar, repita-se, as demais formas de controle interno, propõe-se aqui focar as luzes no controle de conduta, como forma de se buscar conformar as condutas dos servidores públicos às condutas almejadas em termos de probidade e ética, e como forma de acompanhar a maneira como a atividade pública é prestada e não apenas os resultados que ela eventualmente alcance (ou deixe de alcançar) e nem apenas o seu aspecto procedimental (já que é possível haver atuações que formalmente irretocáveis e que alcancem bons resultados mas que foram praticadas sem observância de preceitos éticos ou dos deveres funcionais dos servidores públicos).

Para tanto, apresenta-se o controle de conduta com suporte em alguns pilares: no dever de observância da legalidade, no dever de boa administração, na organização hierárquica da Administração Pública e na caracterização da relação funcional como uma relação de sujeição especial, democraticamente reabilitada, na qual se aplica, pois, todo o regime dos direitos fundamentais, os quais, entretanto, admite-se, podem ser funcionalizados para garantir o cumprimento das finalidades institucionais do ente público.

Ocorre que esse regime de direitos fundamentais, mesmo funcionalizado, pode conflitar com o exercício do controle de conduta - em especial, os direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais dos servidores públicos podem funcionar como importantes limitadores da atuação estatal em tal atividade de controle interno.

iii. Destas constatações derivam as reflexões centrais do estudo aqui proposto: verificar se o regime da relação de sujeição especial e a própria natureza da atividade prestada - atividade pública, com finalidade primordial de concretização do interesse público - podem fazer a balança pender a favor do controle de conduta em um eventual processo de

ponderação, permitindo uma maior restringibilidade dos direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais dos servidores públicos, e, de outro lado, verificar como esses direitos fundamentais (ainda que com âmbito de proteção efetivo mais comprimido, por exemplo, do que o garantido aos empregados privados) podem limitar a referida atividade de controle.

2. Justificação contextual

i. É certo que o controle interno estatal - com todos os seus vieses - é essencial para garantir a boa prestação da atividade estatal, seja em questão de economicidade, de eficiência, de eficácia, de otimização da destinação dos limitados recursos públicos, seja em relação à forma como essa atividade é desenvolvida.

Mas, entende-se que o controle de conduta, além de tudo, assume um relevante - e pouco explorado - papel como instrumento de combate à corrupção, o que reforça a importância do estudo do tema aqui proposto.

ii. Com efeito, em novembro de 2017, a Transparência Internacional, organização não governamental sediada em Berlim e dedicada ao combate à corrupção, divulgou um estudo que apresentou resultado inquietante: o *Global Corruption Barometer: Citizen's voices from around the world* (pesquisa realizada com pessoas em todo o mundo para mensurar a forma como elas convivem com a corrupção no seu dia-a-dia) revelou que cerca de uma em cada quatro pessoas entrevistadas afirmou ter pago suborno para acessar serviços públicos nos últimos 12 meses antes do início da pesquisa.¹

Quando o assunto é atuação estatal no combate à corrupção, 57% dos entrevistados na mesma pesquisa afirmaram que os seus governos estão agindo aquém do necessário. Perguntados sobre a sua percepção acerca do envolvimento de diversos grupos sociais ou instituições com a corrupção, o resultado evidencia o alto juízo negativo referente aos agentes públicos e políticos: de fato, das nove categorias listadas inicialmente, sete dizem respeito a grupos de pessoas que, *a priori*, prestam (ou deveriam prestar) atividades de persecução do interesse público, coletivo: policiais (36%), representantes eleitos (36%), oficiais de governos (35%), governantes locais (33%), primeiro ministro ou presidente (32%), servidores da área fiscal (32%) e juízes e magistrados (30%). Especificamente na América Latina e Caribe, 62% das pessoas entrevistadas afirmaram que a corrupção aumentou nos 12 meses anteriores à pesquisa.

¹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, **Global Corruption Barometer: citizens' voices from around the world**, disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/global_corruption_barometer_citizens_voices_from_around_the_world>, acesso em: 18 fev. 2018.

iii. A análise dos fatos relacionados à corrupção no continente americano que foram noticiados pela imprensa nos últimos anos parece confirmar a percepção dos entrevistados:

No final de 2014, algumas denúncias abalaram o governo mexicano de Enrique Peña Nieto: as acusações de que a primeira-dama, o ministro das Finanças e o secretário de Governo teriam recebido propriedades de um empresário, supostamente como retribuição por ele ter sido beneficiado em licitações de obras do governo federal, no episódio que ficou conhecido como *La Casa Blanca*.² Em 2015, o então presidente da Guatemala, Otto Perez Molina, renunciou ao cargo após ser acusado – juntamente com sua vice e vários membros do alto escalão de seu governo – de envolvimento em esquema de pagamento de propina a autoridades para possibilitar a entrada no país de produtos com isenção fraudulenta de impostos de importação, caso que ficou conhecido como *La Línea*.³ No mesmo ano, a popularidade de Michele Bachelet, presidente do Chile, teve queda histórica de 20%, gerando uma crise de confiança da população em seu governo e no sistema partidário do país, quando seu filho se viu envolvido em uma denúncia de suposto tráfico de influência e de uso de informações privilegiadas para favorecer a empresa de sua mulher, a Caval Ltda., e obter enriquecimento sem causa.⁴ Também em 2015, ex-presidente do Panamá, Ricardo Martinelli, passou a ser investigado pela justiça panamenha por suposto superfaturamento na compra de merenda desidratada para escolas públicas e por interceptar comunicações de 150 pessoas, entre empresários, jornalistas, dirigentes da sociedade civil e políticos opositores ao

² COLOMBO, Sylvia, **Escândalo da casa da primeira-dama abala imagem de Enrique Peña Nieto - 15/05/2015 - Mundo**, Folha de São Paulo, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/05/1629313-primeira-dama-do-mexico-e-acusada-de-ter-recebido-casa-de-us-7-milhoes.shtml>>, acesso em: 12 fev. 2018. COLOMBO, Sylvia, **Escândalo da casa da primeira-dama abala imagem de Enrique Peña Nieto - 15/05/2015 - Mundo**, Folha de São Paulo, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/05/1629313-primeira-dama-do-mexico-e-acusada-de-ter-recebido-casa-de-us-7-milhoes.shtml>>, acesso em: 12 fev. 2018. Peña Nieto: “Pido perdón por la ‘Casa Blanca’, cometí un error”. La Opinión, disponível em <<https://laopinion.com/2016/07/18/pena-nieto-pido-perdon-por-la-casa-blanca-cometi-un-error/>> acesso em: 12 fev. 2018.

³ BRITISH BROADCASTING CORPORATION (BBC), **Entenda escândalo que causou renúncia do presidente da Guatemala**, G1 - Mundo, disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/09/entenda-escandalo-que-causou-renuncia-do-presidente-da-guatemala.html>>, acesso em: 12 fev. 2018.

⁴ CARMO, Marcia, **Escândalos de corrupção arranham imagem do Chile de “modelo” regional**, BBC Brasil, disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/03/150309_chile_modelo_crise_pai_mc>, acesso em: 12 fev. 2018. Ressalte-se, no entanto, que em janeiro de 2018 foi ordenado o arquivamento do processo em relação a Davalos por não ter havido prova contundente de sua participação nos fatos – nesse sentido: BRITISH BROADCASTING CORPORATION (BBC), Chile: cierran la causa contra el hijo de Bachelet, tras 3 años sin poder imputarlo por lavado de dinero y otros delitos - BBC Mundo, disponível em: <<http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-42553987>>, acesso em: 12 fev. 2018.

seu governo⁵. Em 2017, o Ministério Público Anticorrupção do Panamá solicitou a detenção dos filhos do ex-Presidente por suposta cobrança de propina da Odebrecht em troca de contratos com a Administração Pública – também são acusados de participar do esquema de corrupção funcionários do alto escalão governo.⁶ Ainda em 2015, o presidente da Corte Constitucional Colombiana foi acusado de receber cerca de meio milhão de dólares para conceder uma tutela a favor da empresa Fidupetrol⁷. Em 2017, o país acompanhou denúncias referentes ao chamado *Cartel de la Toga*, contra vários magistrados da mesma Corte Constitucional, um fiscal anticorrupção, funcionários judiciais e advogados, que teriam criado uma rede de corrupção dentro do tribunal colombiano para influenciar em decisões judiciais mediante o pagamento de propina.⁸ Também em 2017, foi instaurado um processo judicial contra a ex-presidente da Argentina, Cristina Kirchner, e seus filhos por lavagem de dinheiro supostamente realizada por meio da *Los Sauces*, imobiliária da família – segundo a acusação, a empresa teria sido utilizada para receber transferências milionárias de empresários que teriam recebido concessões públicas de obras superfaturadas.⁹

iv. A situação não é diferente no Brasil, objeto principal deste estudo. No *ranking* apresentado anualmente pela Transparência Internacional acerca da percepção de corrupção

⁵ **Suprema Corte do Panamá ordena detenção de ex-presidente Martinelli**, ISTOÉ Dinheiro, disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/noticias/economia/20151222/suprema-corte-panama-ordena-detencao-ex-presidente-martinelli/328601>>, acesso em: 12 fev. 2018.

⁶ **AGENCE FRANCE-PRESSE (AFP), MP do Panamá pede detenção de filhos de ex-presidente por propina da Odebrecht**, G1 - Economia, disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/mp-do-panama-pede-a-interpol-detencao-de-filhos-de-ex-presidente-por-propina-da-odebrecht.ghtml>>, acesso em: 12 fev. 2018. **AGENCE FRANCE-PRESSE (AFP), Panamá: 17 pessoas serão interrogadas por subornos da Odebrecht**, ISTOÉ Independente, disponível em: <<https://istoe.com.br/panama-17-pessoas-serao-interrogadas-por-subornos-da-odebrecht/>>, acesso em: 12 fev. 2018.

⁷ **Jorge Pretelt negó haber exigido dinero en el caso de Fidupetrol**, El Tiempo, disponível em: <<http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/se-inicia-juicio-contr-a-el-exmagistrado-jorge-pretelt-por-caso-fidupetrol-142630>>, acesso em: 12 fev. 2018.

⁸ **FORERO, Camilo Gómez, Seis lecturas para entender el cartel de la toga**, El Espectador, disponível em: <<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/seis-lecturas-para-entender-el-cartel-de-la-toga-articulo-715926>>, acesso em: 12 fev. 2018. **ARDILA, Arcadio González, La pesadilla sin fin por el escándalo en la Corte Suprema de Justicia**, El país, disponível em: <<http://www.elpais.com.co/colombia/la-pesadilla-sin-fin-por-el-escandalo-en-la-corte-suprema-de-justicia.html>>, acesso em: 12 fev. 2018.

⁹ **Los Sauces: confirman el procesamiento de Cristina Kirchner**, La Nación, disponível em: <<https://www.lanacion.com.ar/2087119-los-sauces-confirman-el-procesamiento-de-cristina-kirchner>>, acesso em: 12 fev. 2018. **Los Sauces: confirman el procesamiento de Cristina Kirchner**, La Nación, disponível em: <<https://www.lanacion.com.ar/2087119-los-sauces-confirman-el-procesamiento-de-cristina-kirchner>>, acesso em: 18 fev. 2018. **AGÊNCIA EFE, Juiz argentino processa Cristina Kirchner e filhos por lavagem de dinheiro**, G1, disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/juiz-argentino-processa-cristina-kirchner-e-filhos-por-lavagem-de-dinheiro.ghtml>>, acesso em: 12 fev. 2018.

pela população, referente ao ano de 2020 – *Corruption Perceptions Index 2020* –, o Brasil ocupa o 94º lugar entre 180 países ranqueados.¹⁰ O resultado referente aos anos de 2019¹¹ e 2018¹² foram ainda piores para o país, quando o Brasil ocupou, respectivamente, a 106ª e a 105ª posição. Esses dados também parecem poder ser corroborados pelo noticiário recente acerca dos casos de corrupção investigados no Brasil, por exemplo:

A Operação Zelotes, deflagrada em março de 2015, investigou supostas quadrilhas que atuavam junto ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, órgão ligado ao Ministério da Fazenda, para reverter ou anular multas mediante o pagamento de propinas.¹³ A Operação Lava-Jato, que teve destaque mundial em razão de sua abrangência, desvendou esquema de pagamento de propina a altos executivos da Petrobras e outros agentes públicos (em percentual que variava de 1% a 5% de contratos bilionários superfaturados) para garantir que os contratos das empreiteiras com a estatal não fossem resultado de um processo de concorrência real, mas obedecessem a uma espécie de cartel organizado por elas, que ajustavam entre si os preços – inflados – oferecidos à Petrobrás e definiam quem ganharia a contratação. Para garantir que apenas aquele cartel participasse das licitações da estatal, cooptavam agentes públicos que não só se omitiam em relação ao esquema fraudulento, do qual tinham conhecimento, mas também o favoreciam ao restringir as empresas convidadas e escolher, dentre os participantes do grupo, a empresa vencedora conforme anteriormente acordado por eles¹⁴.

Como destaca a Transparência Internacional, em 2020, a média global de pontuação dos países no *Corruption Perceptions Index* foi fixada em insignificantes 43 pontos, o que indica que há uma corrupção endêmica no setor público – o Brasil, em 2020, alcançou 38 pontos, e, em 2019 e 2018, 35 pontos, estando abaixo, portanto, da já baixa média global.¹⁵

v. Por outro lado, o aparato jurídico para o combate à corrupção vem se tornando cada vez mais significativo, especialmente quanto à responsabilização penal e cível dos envolvidos em corrupção.

¹⁰ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, **Corruption Perceptions Index 2020**, www.transparency.org, disponível em: <<https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/nzl>>, acesso em: 12 jun. 2021.

¹¹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, **Corruption Perceptions Index 2019**, www.transparency.org, disponível em: <<https://www.transparency.org/en/cpi/2019/index/nzl>>, acesso em: 12 jun. 2021.

¹² TRANSPARENCY INTERNATIONAL, **Corruption Perceptions Index 2018**, www.transparency.org, disponível em: <<https://www.transparency.org/en/cpi/2018/index/dnk>>, acesso em: 12 jun. 2021.

¹³ **Entenda a Operação Zelotes da Polícia Federal - 01/04/2015 - Mercado**, Folha de São Paulo, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/04/1611246-entenda-a-operacao-zelotes-da-policia-federal.shtml>>, acesso em: 12 fev. 2018.

¹⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, **Entenda o caso — Caso Lava Jato**, disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>, acesso em: 12 fev. 2018.

¹⁵ INTERNATIONAL, **Corruption Perceptions Index 2020**.

No âmbito internacional, já há algumas décadas se reconhece que o problema da corrupção atinge escala mundial e, portanto, deve ser enfrentado de forma cooperada e integrada entre os países. O quadro levou à edição de importantes acordos internacionais como, por exemplo, a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE (todas ratificadas pelo Brasil). Essas convenções, em regra, tratam das medidas gerais e da necessária adequação da legislação interna dos Estados signatários quanto à prevenção e ao combate à corrupção.

No Brasil, também há algumas décadas já existe um aparato jurídico mínimo para o tratamento do problema, como o Código Penal, que tipifica os crimes contrários à Administração Pública cometidos por funcionários públicos ou por indivíduos comuns, ou a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº. 8.429/1992), que prevê sanções aplicáveis aos agentes públicos em casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, emprego ou função pública. Mais recentemente entretanto (inclusive em virtude das convenções de combate à corrupção assinadas pelo país), os instrumentos internos de combate à corrupção foram reforçados, em especial: (i) em 2011, com a publicação da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.529/11), promovendo a ideia de transparência pública, invertendo a ordem então vigente ao estabelecer a publicidade como regra; (ii) em 2013, com a publicação da Lei de Conflito de Interesses (Lei nº 12.821/13), instrumento de combate à corrupção exigido pela Convenção da OCDE; e (iii) também em 2013 com a publicação da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que previu a possibilidade de responsabilização objetiva de pessoas jurídicas envolvidas em práticas de corrupção e a celebração de acordos de leniência.

vi. Entretanto, a par de todos os esforços elencados – todos de extrema importância, frise-se, para, em conjunto, formarem uma rede de proteção do Estado contra a corrupção – há outra seara que parece ainda não ter sido explorada de forma suficiente e robusta e cujas peculiaridades permitem antever uma perspectiva de substancial contribuição na atividade de prevenção e de combate à corrupção. Como exposto, é exatamente desse *locus* que a tese que ora se apresenta pretende tratar.

3. Tema e objeto

i. Confirmemos o que se termina de dizer: note-se que em todos os exemplos reais citados *supra* é possível se distinguir, dentre as figuras que fazem parte do contexto do ato de corrupção tanto aquele que oferece a vantagem indevida para buscar um benefício ilícito quanto aquele que a aceita ou exige ou solicita. Por exemplo, nos casos *La Línea* (Guatemala) e Operação Zelotes (Brasil), há uma pessoa jurídica de direito privado pagando propina a

agentes públicos com intuito de evitar o pagamento de tributos devidos; nos casos *La Casa Blanca* (México), *Los Sauces* (Argentina) e Operação Lava-Jato (Brasil) há pessoas jurídicas de direito privado pagando propina a um agente estatal para garantir contratação com o setor público.

ii. A semelhança entre elas é que, em uma das diversas pontas dessas insidiosas relações, para garantir a concretização da operação ilícita, haverá, quase que invariavelmente, a presença de um servidor estatal. Ou seja, além do agente político (representante eleito ocupante de cargos de alto escalão do governo, que, via de regra, não possui vínculo efetivo com a Administração Pública), na maioria dos casos, o resultado lesivo ao interesse público só pode ser garantido se, compondo o cenário fraudulento, estiver presente um servidor público (ocupante de cargo efetivo, cujo vínculo com a Administração Pública é estável e duradouro), que é, via de regra, quem efetivamente pratica ou processualiza os atos administrativos rotineiros necessários à concretização final do ato de corrupção. Assim, por exemplo, para se garantir uma contratação pública com preços superfaturados, via de regra, não é suficiente o simples ajuste entre a empresa privada e o agente político que ocupa um cargo de alto escalão no órgão ou entidade estatal que realizará a contratação – é necessário que os servidores integrantes da comissão de licitações ou os advogados públicos que analisarão o processo mantenham-se inertes (por desídia ou conivência) quanto ao superfaturamento, avalizando a contratação fraudulenta; da mesma forma, não basta o ajuste entre a empresa privada e o Ministro de Estado para se garantir o não pagamento de tributo – muitas vezes, é necessário que o servidor público deliberadamente fraude o laudo de fiscalização para ocorrer a materialização do ilícito.

Compreender isso - a posição "estratégica" que o servidor público geralmente ocupa no contexto do ato de corrupção - é um pressuposto da discussão que se propõe com esta tese, pois permite enxergar a importância de bem dimensionar o controle interno estatal, especialmente o controle de conduta. É que muitas vezes é o Estado, no exercício de sua função administrativa – e que nesse contexto se materializa por meio da atividade de todos os demais servidores públicos não envolvidos nas práticas ilícitas (superiores ou inferiores hierarquicamente) – o primeiro a ter contato direto com o ato de corrupção, embora não raro tenha dificuldades em identificá-lo como tal em tempo hábil para evitar o dano (especialmente por falta de práticas preventivas quanto à corrupção e de uma verdadeira cultura de integridade) e, identificado, de atuar com a eficácia necessária para combatê-lo e puni-lo. E essa posição de maior proximidade (física e temporal) com os fatos acaba não sendo bem explorada, em toda sua potencialidade, especialmente em razão da falta de um claro dimensionamento dos limites do controle interno e, de forma mais específica, do controle de conduta estatal.

4. Estado da arte

i. É certo que sobre os principais pontos que servem de alicerce a esta tese já há abundante doutrina nacional e estrangeira – cite-se, por exemplo, os estudos sobre a teoria das relações de sujeição especial, a restringibilidade dos direitos fundamentais, e as análises sobre o poder disciplinar estatal. Também é possível citar, dada a – ao menos aparente - aproximação de cenários, os estudos específicos sobre o direito à privacidade do trabalhador em âmbito laboral privado.

O que se propõe aqui é trazer a intersecção entre estes temas para uma análise referente à atividade pública: delimitar os contornos do controle de conduta estatal, analisar a específica situação de restringibilidade dos direitos fundamentais - em especial o direito fundamental à privacidade e à proteção de dados pessoais - dos servidores públicos no âmbito de uma relação de sujeição especial e, por fim, verificar como se dá a conformação do controle de conduta em face destes direitos fundamentais.

ii. No Brasil, a análise que se propõe ainda é incipiente. À partida, a proposta do tratamento do controle de conduta de forma a englobar tanto o controle preventivo (com caráter nitidamente educacional e de modelagem da atuação dos servidores públicos) quanto o controle repressivo (juntando, por sua vez controle ético e disciplinar) e conformar tudo isso a um viés de integridade pública parece ser inovadora. Além disso, também parece carecer de maior aprofundamento a análise deste controle de conduta à luz do direito à privacidade dos servidores públicos. Isso porque, por exemplo, embora existam alguns estudos voltados especialmente para a proteção da privacidade dos trabalhadores face às novas tecnologias de informação, poucas são as análises focadas no caso específico dos servidores públicos (que, embora se aproxime, aparentemente guarda algumas peculiaridades se comparado aos trabalhadores privados) e na possibilidade de estas informações, possivelmente acessíveis em razão de um controle de conduta realizado de forma regular, poderem servir como elemento de prova no âmbito de um processo disciplinar ou mesmo justificar a instauração de tal procedimento investigativo-punitivo.

É justificável a proposta porque, entende-se, há a necessidade de se delimitar com mais clareza os limites de atuação do Estado em sua atividade de controle interno, para que não se restrinja indevidamente o direito fundamental à privacidade do servidor público, mas que também não se ignore o interesse público consubstanciado tanto no fomento da conduta íntegra, proba e ética do servidor público quanto no dever de investigar e, se for o caso, punir os responsáveis pelos atos atentatórios à legalidade, à juridicidade, e à moralidade, à probidade administrativa. Mostra-se, pois, necessário o traço de linhas diretivas do equilíbrio.

5. Objetivos gerais e específicos

Diante do exposto, pretende-se, de forma geral: (i) indicar os principais baldrames teóricos que amparam a atividade de controle interno estatal; (ii) apresentar um conceito amplo de controle interno, que englobe tanto os tradicionais aspectos do controle financeiro, contábil, de legalidade e de legitimidade, bem como o novel viés de integridade; (iii) delimitar a forma como o Estado se relaciona com seus servidores públicos, em especial, a caracterização da relação funcional como uma relação de sujeição especial; (iv) delinear os aspectos de restringibilidade dos direitos fundamentais dos servidores no âmbito da relação funcional e considerando o controle de conduta.

De forma específica, pretende-se: (i) delimitar os contornos do controle de conduta como uma atividade de controle interno com especial viés de integridade pública e composta por um aspecto preventivo (controle comportamental) e por um aspecto repressivo (formado pelo controle ético e pelo controle disciplinar); (ii) delimitar os aspectos do direito à privacidade e à proteção de dados pessoais dos servidores públicos (especialmente em comparação com os empregados privados), verificando se, e em caso positivo, o quão mais comprimido pode ser o seu âmbito de proteção efetivo; (iii) a partir de todo o arcabouço teórico desenvolvido, traçar a forma como o direito à privacidade e o direito à proteção de dados dos servidores públicos pode afetar ou limitar o controle de conduta estatal.

6. Método e estrutura

As principais abordagens utilizadas são a de direito constitucional e a de direito administrativo, especialmente voltados ao cenário jurídico brasileiro: (i) no primeiro caso, a teoria geral dos direitos fundamentais (em especial, a restringibilidade dos direitos fundamentais) e, especificamente, o direito fundamental à privacidade e à proteção de dados e o direito fundamental à informação e os contornos que eles adquirem no contexto de uma relação funcional; e (ii) no segundo caso, as relações de sujeição especial, a relação funcional, a delimitação do controle interno e do controle de conduta.

No entanto, não se descuidará de trazer ao desenvolvimento do tema uma perspectiva mais ampla para o problema, por meio do estudo: (i) do tratamento de alguns destes temas pelo ordenamento português, como forma de estabelecer um paralelo com o que é (ou pode ser feito) no âmbito brasileiro (e eventualmente também por outros ordenamentos, como o alemão ou o espanhol, sempre que a matéria se aproximar de soluções teóricas ou jurisprudenciais paradigmáticas fornecidas pelo Direito estrangeiro); (ii) de aspectos relacionados à governança pública e às teorias comportamentais, tendo em conta o caráter multidisciplinar que o viés da integridade pública pode alcançar; (iii) do direito laboral, nos pontos específicos de aproximação entre os fundamentos e a atividade de controle do Estado

em relação aos seus servidores públicos estatutários e os contornos do controle empregatício e dos direitos fundamentais dos empregados privados.

O enfrentamento das questões propostas será feito em três partes, que terão como foco a atuação estatal no Estado Democrático de Direito, em especial a atividade de controle; o controle interno estatal em relação aos seus servidores públicos; e a (re)análise do direito à privacidade dos servidores públicos e o controle interno de conduta.

Assim, na Parte I, serão analisadas, à partida, algumas balizas jurídicas do atuar administrativo que conformam o controle interno estatal, quais sejam: o princípio da legalidade, o interesse público como fim da atividade do Estado (com especial enfoque na reflexão sobre a existência de um princípio da supremacia do interesse público); o dever de boa administração e o dever de transparência estatal (principalmente como corolário do direito geral à informação e do direito à informação administrativa). Em seguida, serão analisados, de forma ampla, os mecanismos de controle estatal e, de forma específica, o controle administrativo interno.

Na Parte II, o enfoque será na forma como o Estado se relaciona com os seus servidores públicos - assim, propõe-se a reflexão sobre a relação funcional, a posição dos servidores públicos na organização administrativa do Estado e as relações de sujeição especial. Na sequência, serão definidos os contornos do controle de conduta estatal e, adiante, será analisada a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito da relação funcional (como uma relação de sujeição especial), atentando para as específicas possibilidades de restrição de tais direitos ou de sua funcionalização ao atingimento dos fins e objetivos institucionais do ente público ao qual o servidor se vincula.

Na Parte III será analisado, após considerações sobre o direito geral à privacidade e sobre sua aplicabilidade no âmbito da relação empregatícia privada, o direito à privacidade do servidor público no ambiente laboral público, à luz do enquadramento do vínculo funcional como uma relação especial (e democrática) de poder. Após, por fim, serão examinados aspectos práticos do (possível) conflito entre direito à privacidade do servidor público e as atividades de controle de conduta.

Espera-se, assim, com esta pesquisa lançar novas luzes à atividade de controle interno estatal, repensando e eventualmente redimensionando-a e reconhecendo seu viés de integridade pública (o *controle de conduta*), especialmente a partir da constatação da necessidade de efetiva incorporação desta atividade no aparato jurídico do combate à corrupção. Se, de alguma forma, este trabalho alertar para a necessidade de discussão acerca deste (pouco explorado) *locus* a ser mais bem desenvolvido na prevenção e no combate à corrupção, terá atingido seu objetivo.

PARTE I. A ATUAÇÃO ESTATAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CAPÍTULO I. ALGUMAS BALIZAS DO ATUAR ADMINISTRATIVO APLICÁVEIS AO CONTROLE INTERNO ESTATAL

Este estudo pretende analisar os contornos e limites da atividade de controle interno do Estado em relação aos seus servidores - o qual se propõe denominar de **controle de conduta** -, especialmente por se considerar que tal atuação é um importante (e pouco explorado) instrumento de combate à corrupção. Para tanto, propõe-se confrontar os poderes estatais de controle (que podem ter cunho preventivo, investigativo ou repressivo) com o direito à privacidade dos servidores públicos enquanto agentes estatais, buscando delimitar o quanto é possível ao Estado avançar nessa seara.

No entanto, antes, entende-se necessário antes pontuar alguns aspectos referentes à atuação estatal, que se ligam de forma intrínseca à atividade de controle interno estatal e vão amparar o desenvolvimento da tese, quais sejam: (i) a concepção atual do princípio da legalidade, que fundamenta toda a atuação administrativa; (ii) o interesse público como fim da atividade do Estado; (iii) o dever de boa administração estatal; e (iv) o dever estatal de transparência, e, em contraponto, o direito à informação dos administrados.

São estas as questões, pois, que serão analisadas neste primeiro capítulo.

1. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

1.1. Da submissão à lei à submissão ao Direito

Quando se traz a lume a discussão sobre as regras jurídicas do atuar administrativo, a análise - não há como deixar de ser - deve ter início com o exame do princípio da legalidade. Afinal, ainda se entende que à Administração só é permitido fazer o que a lei autoriza? Ou a ideia da estrita subordinação legal da atuação administrativa tem já sua interpretação temperada por outros fatores que devem também ser considerados?

Falar em princípio da legalidade é, antes de tudo, falar sobre a subordinação jurídica dos poderes estatais¹⁶, inclusive da conformidade da atividade administrativa com o Direito¹⁷. Embora no modelo de sociedade atual seja impossível pensar em qualquer poder público totalmente arbitrário, que não seja juridicamente limitado ou regulado, em um passado não

¹⁶ Segundo Sérvulo Correia (**Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**, Coimbra: Almedina, 1987, p. 17), a legalidade é um fato sociológico: toda sociedade, independentemente do modelo de estruturação política, controla em certa medida o poder estatal, ou seja, tende a institucionalizar fatores sócio-éticos de pressão sobre as autoridades.

¹⁷ DE SOUSA, Marcelo Rebelo; DE MATOS, André Salgado, **Direito administrativo geral: introdução e princípios fundamentais**, 3ª ed. Alfragide: D. Quixote, 2010, p. 159.

tão remoto havia múnus públicos que se fundavam no poder divino - e, logo, ilimitado e centralizado - concedido às sacrossantas famílias reais, época em que a vontade do rei representava a própria vontade do Estado e a administração estatal se desenvolvia de forma autoritária e quase totalmente à margem das regras jurídicas e do controle jurisdicional (quando muito, havia uma regulamentação interna sem valor jurídico, à qual sequer se dava publicidade e que era obrigatória para os agentes em relação aos seus superiores, mas não em relação aos administrados).

Mas, no modelo de Estado regido não pelo divino, mas sim pelo Direito, condição que é fruto das Revoluções Liberais, o princípio da legalidade é inicialmente alçado à posição central da conformação estatal, percebido à partida como um instrumento de garantia da liberdade e, depois, como um mecanismo de salvaguarda da igualdade¹⁸, quando ganha força a ideia de que o Estado (então *Estado Social de Direito*) deveria proteger os interesses públicos¹⁹ e concretizar a justiça social. Renova-se então a concepção da amplitude dos efeitos da legalidade, ao se transitar da vinculação negativa para a vinculação positiva à lei²⁰ por influência do positivismo jurídico²¹, o que faz com que a discricionariedade passe a ser

¹⁸ Com efeito, no início, entendia-se que os atributos próprios da lei (abstração, generalidade e impessoalidade) seriam suficientes para garantir a liberdade dos indivíduos, o tratamento equânime e despersonalizado pelo Estado. Depois, diante da não concretização do ideário liberal e da assunção, pelo Estado, do papel de, na expressão de Lênio Streck e José Luís Bolzan de Moraes (**Ciência política e teoria do Estado**, 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 62 e 63), *removedor de obstáculos para o autodesenvolvimento dos homens*, ou seja, de responsável por promover ativamente e por garantir as condições mínimas de existência do indivíduo, passou a se depositar na lei a expectativa de servir de mecanismo para promoção da igualdade.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa, *in*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Eds.), **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo**, São Paulo: Atlas, 2010, p. 175 a 196.

²⁰ Ou seja, passar da hipótese de poder atuar em tudo aquilo que a lei não lhe vedasse para só poder atuar naquelas hipóteses em que a lei lhe permitisse.

²¹ De fato, a princípio, a ideia que preponderava em relação à adoção do princípio da legalidade com relação à atividade da Administração Pública era que a Administração poderia fazer tudo aquilo que a lei não lhe vedasse. Explica-se: em um primeiro momento, a implantação do Estado Liberal não eliminou completamente as monarquias - assim, de início, passaram a coexistir o novo poder político, com fundamento democrático de legitimidade, e o princípio monárquico ainda proveniente do absolutismo. Em razão disso, o princípio da legalidade foi entendido inicialmente no sentido de vinculação negativa da Administração à lei - ideia que refletia os resquícios do princípio monárquico, pois, associada ao princípio da discricionariedade, buscava justificar a concessão ao rei, como chefe do Executivo, de maior autonomia para dispor sobre o funcionamento e a organização da Administração e o consequente afastamento da possibilidade de tutela judicial. Noutras palavras, entendia-se que a Administração teria amplo espaço de atuação à margem da lei, ou seja, poderia fazer tudo aquilo que a lei não proibia, uma vez que a lei apenas definia as esferas jurídicas dos cidadãos como limite ao arbítrio do poder e que o controle judicial se limitava a essa esfera; tudo fora isso estaria abrangido pela ideia de discricionariedade, entendida como um poder político, livre, portanto, de controle judicial. Paulo Otero (**Manual de direito administrativo**, Coimbra: Almedina, 2016, p. 274) indica que essa supressão da apreciação judicial das atividades administrativas é que dá origem à autotutela: "Tal como o monarca absoluto concentrava a Administração e a justiça, sem fazer qualquer sentido que a execução coativa das suas decisões administrativas fosse autorizada por si próprio como juiz, também agora, por força do princípio da separação de poderes, segundo a formulação que impede os tribunais de intervir na esfera da Administração, a execução coativa das

vista como um poder jurídico (por implicar certa margem de liberdade de atuação, nos limites da lei). Posteriormente, com o estabelecimento do constitucionalismo social na Europa pós Segunda Guerra Mundial e o reconhecimento da força normativa da Constituição²², o princípio da legalidade é reposicionado, em razão do deslocamento da Constituição para a centralidade do ordenamento jurídico bem como da progressiva afirmação da normatividade dos princípios, em um processo de agregação de valores ao Direito²³.

Assim, o Estado Constitucional muda a forma de enxergar o princípio da legalidade: em lugar da antiga legalidade formal, voltada apenas a competências e procedimentos, põe-se em evidência a legalidade material que, além disso, propõe limites materiais à atividade normativa do Estado - o controle de competências passa, pois, a conviver com o controle de conteúdo (que tem protagonismo), caracterizando a submissão formal de todos os poderes públicos à Constituição. A submissão do atuar administrativo à lei se amplia, assim, para *submissão ao Direito*, vinculando-se a atuação administrativa à Constituição, que serve, de forma direta e imediata, como norma habilitadora das competências normativas e como

decisões administrativas não carece de qualquer prévia intervenção permissiva dos tribunais: a Administração goza de um privilégio de execução prévia (independente de qualquer intervenção permissiva dos tribunais) das suas decisões - a uma autotutela declarativa junta-se, nas mãos da Administração Pública, em nome da separação de poderes, uma autotutela executiva." Esse contexto de afastamento das decisões administrativas da apreciação judicial também impulsionou o surgimento da ideia de que o direito comum não dava mobilidade de ação suficiente aos órgãos da Administração Pública na prossecução do interesse público. Com isso, o atuar administrativo foi progressivamente se distanciando da égide do direito comum e do princípio da igualdade, o que possibilitou a edição de regras e princípios específicos para sua regulamentação, conferindo-se à Administração prerrogativas de autoridade que possuíam, em comparação com o direito comum, caráter exorbitante - é em função desse movimento que surge o direito administrativo. Como ressalta Fabrício Motta (O paradigma da legalidade e o Direito Administrativo, *in*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Eds.), **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo**, São Paulo: Atlas, 2010, p. 197 a 229), a ideia da vinculação positiva da Administração à lei só aparece posteriormente, diretamente ligada à doutrina positivista de Hans Kelsen, que não concebe a atuação de qualquer poder jurídico sem amparo em norma anterior que o habilite a atuar.

²² Konrad Hesse elaborou a mais relevante teoria sobre a *força normativa da Constituição*. Segundo o autor, o elemento essencial de uma Constituição é sua força normativa e seu conteúdo material deve ser retirado das "exigências substantivas" que se situam na sociedade que a Constituição pretende controlar (a Constituição não dirige verticalmente a vida social, mas interage com ela em uma relação de influências recíprocas, de onde se determina o conteúdo constitucional). Nesse sentido, Hesse aduz que a Constituição deveria ser definida como normatividade e normalidade social (norma e realidade) - para ordenar juridicamente a realidade tanto a ordenação quanto a realidade devem ser consideradas em seu contexto inseparável e em seu condicionamento recíproco. A Constituição Jurídica não apenas representa a realidade, pois, em razão de seu elemento normativo, ela ordena e conforma essa realidade (a realidade influencia no significado das normas constitucionais, mas as normas constitucionais não são apenas o reflexo da realidade, têm o poder de condicioná-la). No entanto, os limites da força normativa da Constituição Jurídica resultam da correlação entre o ser e o dever ser, uma vez que sua eficácia está condicionada pela realidade histórica. (Sobre o tema, por todos, veja-se: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel, **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, Belo Horizonte: Fórum, 2012, *ebook*)

²³ Nas palavras de Fabrício Motta (O paradigma da legalidade e o Direito Administrativo) passa-se a conceber a Constituição como um "sistema normativo aberto de princípios e regras, com uma estrutura dialógica e fluida, aberta às concepções cambiantes da verdade e da justiça".

critério de orientação das decisões administrativas.²⁴ ²⁵ Em suma, no moderno Estado Constitucional, o atuar administrativo não se subordina à lei pura e simplesmente, mas deve se conformar às regras, aos princípios e aos valores constitucionais, que têm força normativa - ou seja, o momento é de um atuar administrativo subordinado do Direito e constitucionalmente conformado, tanto no aspecto formal quanto no aspecto material.

1.2. Da (necessária) submissão do atuar administrativo aos direitos fundamentais

Mas, além do reconhecimento da força normativa da Constituição, a releitura do princípio da legalidade também se deve à proclamação, no Estado Constitucional moderno, de um sistema especial de direitos fundamentais que - exercendo funções de defesa ou liberdade, de prestação social, de proteção perante terceiros e de não discriminação- ocupa posição central no ordenamento jurídico²⁶

²⁴ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos (**Direito administrativo geral: introdução e princípios fundamentais**, p. 160 a 162) salientam que há pelo menos três mutações relevantes que precisam ser consideradas para que se compreenda essa nova concepção da legalidade: (i) a queda do otimismo liberal quanto a uma sociedade que estivesse auto-ordenada, de forma ideal, através da lei e a transferência da ideia do racionalismo - que até então só era atribuída à lei - para a Constituição, que, com maior rigidez e maior força conformadora, passa a sedimentar as principais escolhas da sociedade; (ii) a assunção, pela Constituição, do impulso de determinadas transformações sociais, inicialmente por meio de atuações administrativas positivas de caráter prestacional e depois de caráter infra-estrutural; (iii) a dissolução do princípio monárquico como fundamento da legitimidade do poder político e, por consequência, do compromisso fundamental que embasou a ordem constitucional liberal e ao entendimento restrito da precedência de lei.

²⁵ Sérvulo Correia (**Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**, p. 195 e 196) assevera que o reconhecimento da normatividade da Constituição gera também efeitos diretos sobre a faceta política do princípio da legalidade: como visto, a reserva de lei (e, com ela, a legalidade administrativa) possui desde o início um componente político-institucional, fortemente ligado à ideia de representatividade e de soberania popular; no entanto, a normatividade da Constituição diminui a importância desse legislador representativo (no Estado Liberal era essa representatividade que gerava a presunção de que a lei estava de acordo com a vontade do povo), uma vez que a "bondade" da norma pode ser retirada de sua simples conformidade com a Constituição, já que essa Constituição normativa não apenas enuncia os direitos, liberdades e garantias, mas também os regula e estabelece programas, diretrizes e metas para a atuação estatal nos domínios econômico, social e cultural (e institui a sindicabilidade da concordância das normas ordinárias com esses novos preceitos). E se a reserva de lei trazia consigo no Estado Liberal o forte sentido de representatividade e soberania popular mostra-se necessário, da mesma forma, legitimar o poder constitucional. Na esteira da doutrina de Gomes Canotilho (**Direito constitucional e teoria da constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 93, 98, 100 e 231), o moderno Estado Constitucional ("um Estado com uma *constituição* limitadora do poder através do império do direito") deve ser um Estado *de direito* e um Estado *democrático* (servindo o elemento democrático para a legitimação do poder), isto é, uma ordem de domínio legitimada pelo povo, em que o princípio da soberania popular garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular liga o Estado *de direito* e o Estado *democrático*, possibilitando a compreensão da moderna fórmula do Estado de direito democrático - o Estado limitado pelo direito e o poder político estatal limitado pelo povo. E é no Estado de Direito democrático que se densificam as ideias de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública (democracia participativa) e da legalidade material.

²⁶ De fato, segundo Gomes Canotilho (**Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 407 a 410), os direitos fundamentais cumprem algumas funções no ordenamento jurídico: (i) de defesa ou de liberdade, protegendo a pessoa e sua dignidade perante os poderes do Estado (seja funcionando como

É em virtude dessa centralidade que o atuar administrativo passa a ser direcionado e condicionado primordialmente pelos direitos fundamentais, o que implica, por exemplo: que os órgãos administrativos devam executar apenas as leis que sejam conformes aos direitos fundamentais²⁷; que, mesmo no espaço de atuação discricionária, deva ser priorizado o atendimento aos direitos fundamentais, como elementos necessários para a concretização do bem e da finalidade pública²⁸; que os direitos fundamentais devam ser considerados pelo administrador público na interpretação e aplicação de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados²⁹. Em Portugal e na Espanha, essa vinculação do atuar administrativo aos direitos, liberdades e garantias fundamentais é formalmente constitucional³⁰. Já no Brasil, muito embora não exista semelhante previsão expressa na

normas de competência negativa para os poderes públicos, seja conferindo o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais e de exigir a abstenção dos poderes públicos de agredi-los); (ii) de prestação social, significando a possibilidade de o particular obter algo do Estado (como saúde, educação e segurança social); (iii) de proteção perante terceiros, por imporem ao Estado um dever de proteger, por meio de medidas positivas, os titulares dos direitos fundamentais perante atividades perturbadoras praticadas por terceiros; (iv) de não discriminação, ao assegurar que o Estado trate seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. Por sua vez, Robert Alexy (**Teoria dos direitos fundamentais**, 2ª. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 520 a 523) destaca que o significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é resultado da soma de dois fatores: de sua fundamentalidade formal e de sua fundamentalidade substancial. A fundamentalidade formal decorre de sua posição no ponto mais alto da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, vinculando, assim, o legislador, o Poder Executivo e o Poder Judiciário; uma Constituição formada por elementos procedimentais e por elementos materiais combinados permite que existam tanto os conteúdos constitucionais simplesmente possíveis quanto os conteúdos necessários ou impossíveis - o fato de as normas de direitos fundamentais estabelecerem os conteúdos constitucionalmente necessários e impossíveis para o sistema jurídico constitui o núcleo de fundamentalidade formal desses direitos. Por outro lado, as normas de direitos fundamentais também têm fundamentalidade substancial porque com elas são tomadas as decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, em razão dos objetos regulados (por exemplo, as questões referentes à liberdade e à igualdade permeiam todos os ramos do direito e a forma como elas são solucionadas nesses ramos é uma questão não específica, mas fundamental para cada um deles). A partir da tese da fundamentalidade formal e substancial, Alexy afirma que as normas de direito fundamental desempenham um papel central no sistema jurídico.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais, *in*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (Eds.), **Comentários à Constituição do Brasil**, São Paulo: Saraiva / Almedina, 2013, p. 183 a 212.

²⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves, **Curso de direito constitucional**, 3ª. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**, 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 281.

³⁰ Na Constituição portuguesa, está prevista na parte final do nº 1 do artigo 18 - *verbis*: "os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas". Gomes Canotilho (**Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 439) ressalta que o enunciado "entidades públicas" funciona, nesse caso, como uma espécie de "super-conceito" estabelecendo uma vinculação explícita e principal de todas as entidades públicas (desde o legislador, aos tribunais e à administração, abrangendo todos os âmbitos funcionais dos sujeitos públicos e independentemente da forma jurídica através da qual as entidades pratiquem seus atos ou desenvolvam sua atividade). Jorge Miranda (**Manual de direito constitucional. T. 4: Direitos fundamentais**, 4. ed., rev. e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 291) destaca que a vinculação dos órgãos do poder pelas normas constitucionais torna-se patente em dois momentos: a) em relação a cada norma constitucional e a cada lei ou ato estatal que com esse preceito venha a ser confrontado e que lhe deve ser conforme e b) em relação ao conjunto dos preceitos constitucionais e ao conjunto de atos jurídicos-públicos, os quais devem tender a criar condições objetivas que permitam

Constituição, essa sujeição pode ser extraída da previsão do § 1º do artigo 5º, segundo o qual "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", preceito que formalmente submete os detentores do poder estatal aos direitos fundamentais (que devem, portanto, atuar sempre no sentido de realizar os direitos fundamentais)³¹. Mas, além disso, essa submissão deriva da *dupla natureza - subjetiva e objetiva - dos direitos fundamentais*, que, ao mesmo tempo em que exercem a função de atribuição de direitos subjetivos aos seus titulares, também servem como princípios objetivos da ordem constitucional.³² Com efeito, a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão no caso Lüth (Lüth-Urteil, BVerfGE 7, 198, de 15 de janeiro de 1958) - que inaugurou a concepção da Constituição como ordem de valores -, passou-se a entender que os direitos fundamentais representam princípios cuja carga axiológica se irradia pelo ordenamento jurídico, influenciando todos os seus campos.³³ Nesse sentido, sob a perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais representam fontes de direitos subjetivos³⁴ que podem ser reclamados em juízo^{35 36}, possibilitando, pois, que o titular do direito fundamental imponha judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário. Já a dimensão objetiva advém da compreensão dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional, que atuam como instrumentos de revelação e de positivação do sistema de valores assumido pela Constituição e funcionam como limites do poder e diretrizes para a atuação estatal.³⁷ Assim, como decisões constitucionais valorativas jurídico-objetivas, as normas que prevêm

os cidadãos usufruírem efetivamente seus direitos. Já na Constituição espanhola, encontra-se prevista no artigo 53, nº 1, 1ª parte - *verbis*: "los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos".

³¹ SARLET, Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais.

³² TAVARES, André Ramos, **Curso de direito constitucional**, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 508. Nesse sentido, aduz o autor: "Numa breve verificação de algumas constituições contemporâneas pode-se facilmente concluir que esse caráter duplo não costuma decorrer expressamente dos textos das constituições, mas da técnica de aplicação empregada pelo operador, da abertura interpretativa decorrente de seu não afastamento expresse."

³³ VALE, André Rufino do, 50 anos do caso Lüth, **Ciência Jurídica em Foco - Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP)**, v. 1, n. 274, 2008. O autor acrescenta que "não obstante o fato de a idéia já estar presente em julgamentos anteriores, como o também famoso caso Elfes (BVerfGE 6, 32, de 16.01.57), pode-se dizer que é em Lüth que se encontra o ponto culminante desse modelo de Constituição como ordem axiológica fundamental. De acordo com a interpretação do Tribunal, esse sistema de valores composto pelos direitos fundamentais encontra seu fundamento inicial de validade no valor da dignidade da pessoa humana."

³⁴ José Carlos Vieira de Andrade (**Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, 4ª. Coimbra: Almedina, 2010, p. 111 e 112) adverte que até é possível se utilizar o conceito tradicional de direito subjetivo desde que ele seja compreendido dessa forma ampla - como posição jurídica subjetiva ativa ou de vantagem (ideia de que o direito subjetivo implica um poder ou uma faculdade para realização efetiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular).

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco, **Curso de direito constitucional**, São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 293.

³⁶ SARMENTO, Daniel, **Direitos fundamentais e relações privadas**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 135.

³⁷ MENDES; BRANCO, **Curso de direito constitucional**, p. 299 e 300.

os direitos fundamentais assumem uma função autônoma que transcende a perspectiva subjetiva, levando ao reconhecimento de conteúdos normativos³⁸ e se manifestando, inclusive, em sentido estrutural com o reconhecimento de efeitos jurídicos àquelas normas constitucionais que não prevêm posições jurídicas subjetivas, mas estabelecem regras ou deveres às entidades públicas, visando garantir, realizar e promover a dignidade da pessoa humana (as garantias institucionais)³⁹.

Alguns fenômenos jurídicos geralmente são associados a essa dimensão objetiva: (i) a eficácia irradiante dos direitos fundamentais (ou eficácia externa⁴⁰), reconhecendo-se que aqueles valores objetivamente consagrados pelos direitos fundamentais penetram todo o ordenamento jurídico, irradiam-se, condicionando a interpretação das normas e direcionando a atuação de todos os poderes estatais, de forma que todo o ordenamento jurídico passa a ser interpretado *conforme* os direitos fundamentais⁴¹ (ii) os deveres estatais de proteção, no sentido de que a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais não se limita ao cumprimento do dever principal respectivo (abstenção ou prestação ou garantia de participação), mas abrange também o dever de o Estado atuar para promover e proteger esses direitos perante quaisquer ameaças - seja criando novas instituições e remodelando adequadamente as já existentes, seja implementando e formulando as políticas públicas para garantir as condições materiais mínimas para o exercício dos direitos fundamentais -, a fim de assegurar sua efetividade, assumindo, assim, o papel do principal garantidor dos direitos fundamentais⁴²; e (iii) a relação entre as normas de direitos fundamentais e as normas de

³⁸ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, **Curso de direito constitucional**, p. 296.

³⁹ ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, p. 134 a 137. Segundo o autor, estes são os "deveres sem direitos", que formam uma zona de proteção das posições subjetivas no âmbito da qual os efeitos jurídicos se reportam diretamente às normas, uma vez que, em regra, não são suscetíveis de referência individual (não são "subjetiváveis"), apresentando, pois, caráter objetivo e instrumental. Trata-se, pois, das garantias institucionais, ou seja, de um conjunto jurídico-normativo que regula um determinado setor da realidade econômica, social ou administrativa em torno de um direito fundamental e com vistas à sua realização.

⁴⁰ Vieira de Andrade (*Ibid.*, p. 137 a 138) defende que a eficácia irradiante pode ser reconhecida como um "efeito externo" dos direitos fundamentais, de que resultaria uma força vinculativa generalizada dos preceitos respectivos: os direitos fundamentais na sua dimensão subjetiva (interna) se referem exclusivamente às relações entre os particulares e o Estado, mas, na sua dimensão objetiva, enquanto normas constitucionais e valores comunitários, justificam e exprimem a eficácia fora do âmbito dessas relações, repercutindo forçosamente em toda a ordem jurídica.

⁴¹ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, **Curso de direito constitucional**, p. 296. Acrescenta Daniel Sarmento (**Direitos fundamentais e relações privadas**, p. 154 e 155) que essa exigência de que todas as normas, no momento de aplicação, sejam reexaminadas pelo operador do direito à luz de valores constitucionalmente consagrados, (como a dignidade da pessoa humana, a igualdade substantiva e a justiça social) promove a "humanização" da ordem jurídica.

⁴² SARMENTO, **Direitos fundamentais e relações privadas**, p. 160 e 161. Vieira de Andrade (**Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, p. 139 e 140) pontua que, em certa medida, o Estado sempre desempenhou esse papel protetivo relativamente às liberdades e aos bens jurídicos pessoais garantindo a segurança pública e perseguindo criminalmente quem atentasse contra o direito de outras pessoas (protegendo assim bens como a vida, a liberdade, a integridade física a propriedade etc.) bem como protegendo seus nacionais perante outros Estados. Só que essas tarefas eram consideradas como ligadas à própria existência da comunidade política e seu exercício era

organização e de procedimento das políticas públicas, uma vez que aquelas impõem que essas sejam conformadas (interpretadas e aplicadas) no sentido de assegurar o exercício ou a efetividade desses direitos, ou, pelo menos, de forma a ponderar os valores jusfundamentais em causa.⁴³

É, pois, em função dessa perspectiva objetiva que os direitos fundamentais influenciam todo o ordenamento jurídico. Irradiam sobre ele, ultrapassando a perspectiva da garantia de posições individuais, para servirem como norte para atuação de todos os poderes estatais, como normas que filtram os valores básicos de uma sociedade e o expandem para todo o sistema jurídico. Nesse sentido, pois, os direitos fundamentais não submetem apenas o atuar administrativo, mas todo o atuar estatal, devendo o Estado voltar suas ações para proteger os direitos fundamentais e para assegurar seu exercício efetivo bem como formatar seus órgãos e procedimentos para que protejam e efetivem os direitos fundamentais da forma mais ampla possível.

1.3. A constitucionalização do direito: crise do princípio da legalidade?

Associado ao reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e de sua eficácia irradiante e também ao reconhecimento da força normativa da Constituição, que a coloca na posição central do ordenamento jurídico (ocupando um lugar que até há pouco

entendido como o exercício de uma função comunitária, de interesse geral, e não como um meio de proteção dos direitos individuais. A partir dessa concepção do Estado como protetor dos direitos fundamentais muitas das normas de direito penal e mesmo das que regulam a intervenção policial passaram a ser vistas com outros olhos, a partir da perspectiva do cumprimento do dever de proteção, no contexto de um processo de efetivação das normas de direitos fundamentais.

⁴³ Como se vê, essa dimensão organizatória e procedimental está em parte associada às garantias institucionais, e, quanto aos terceiros, ao dever estatal de proteção, constituindo, em seu conjunto, projeções normativas objetivas dos preceitos relativos aos direitos fundamentais. Segundo Vieira de Andrade (*Ibid.*, p. 142 a 144), nessa seara, existem: (i) os direitos fundamentais a um procedimento, cujo conteúdo é exatamente a existência de um procedimento que integra a dimensão subjetiva do direito e coloca exigências normativas de que sejam estabelecidos os termos específicos esse procedimento (ex. os direitos de acesso aos tribunais e de *habeas corpus*); (ii) os direitos fundamentais que dependem de um procedimento, ou seja, em que o exercício individual do direito só é possível de fato através de uma organização e segundo um procedimento (ex. o direito de sufrágio que pressupõe a existência prévia de um procedimento eleitoral e de uma organização administrativa adequada); (iii) os direitos fundamentais sujeitos a um procedimento, que são aqueles que, embora pudessem ser exercidos sem procedimento, a Constituição ou a lei entendem a necessidade de exigí-lo seja para determinar se o direito existe no caso concreto, seja para permitir a resolução de problemas de colisão com outros direitos ou de conflitos com valores comunitários (ex. o direito à objeção de consciência ou o direito de greve); (iv) os direitos de cunho procedimental, quais sejam, aqueles direitos ou faculdades cujo exercício ou cumprimento impliquem a participação de outrem, em especial quando sejam direitos a prestações, que não são pensáveis sem uma organização e um procedimento, ainda que possam ser de dimensão e de intensidade muito diversas (ex. liberdades institucionais, como a liberdade científica e a liberdade de comunicação social, e os direitos sociais a prestações); e (v) as situações em que os direitos fundamentais podem ser afetados por um procedimento administrativo ou judicial (ex. o direito de propriedade perante um procedimento de expropriação ou o direito à inviolabilidade de correspondência no contexto de um processo penal).

tempo cabia ao Código Civil), há um outro fenômeno jurídico que influencia a moderna percepção do princípio da legalidade: a *constitucionalização do direito*.

A expressão é polissêmica, mas há especialmente dois sentidos que lhe são mais comumente atribuídos: (i) o de *constitucionalização-inclusão*, referente ao tratamento constitucional de temas que antes eram disciplinados pela legislação infraconstitucional; e (ii) o de *constitucionalização-releitura*⁴⁴, relacionado à necessidade de que - diante da força normativa da Constituição, sua posição de supremacia no ordenamento jurídico e da dimensão objetiva dos direitos fundamentais - as normas, os conceitos e os institutos de todos os ramos do direito passem por uma espécie de *filtragem constitucional*⁴⁵, ou seja, passem a ser entendidos sob a ótica constitucional, o que muitas vezes impõe mudanças importantes em sua compreensão e em sua aplicação concreta⁴⁶. É nesse último sentido - e não no primeiro - que a doutrina vem adotando o termo *constitucionalização do direito*.

E, nessa perspectiva de *constitucionalização-releitura*, toda interpretação jurídica acaba por ser também uma interpretação constitucional, pois qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação da Constituição: (i) de forma direta, quando uma pretensão se fundar diretamente em uma norma do texto constitucional e (ii) de forma indireta, quando uma pretensão se fundamentar em uma norma infraconstitucional, uma vez que o intérprete deverá, antes de aplicar a norma, analisar se ela é compatível com a Constituição (pois, se não for, ela não deverá incidir) e ao aplicar a norma, orientar seu sentido e alcance para a realização dos fins constitucionais. Ou seja: as normas constitucionais funcionam não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema⁴⁷ - especificamente quanto à atuação

⁴⁴ SOUZA NETO; SARMENTO, **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho, ebook**.

⁴⁵ A expressão é de Paulo Ricardo Schier (**Filtragem constitucional - construindo uma nova dogmática jurídica**, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999).

⁴⁶ Nesse sentido, Daniel Sarmiento (**Direitos fundamentais e relações privadas**, p. 156) destaca: "assentando-se na premissa de que os direitos fundamentais configuram o epicentro axiológico da ordem jurídica, a eficácia irradiante impõe uma nova leitura de todo o direito positivo. Através dela, os direitos fundamentais deixam de ser concebidos como meros limites para o ordenamento, e se convertem no norte do direito positivo, no seu verdadeiro eixo gravitacional. Por isso, a eficácia irradiante configura conceito fundamental dentro do processo de constitucionalização do direito infraconstitucional (...)".

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, **Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra**, v. 81, p. 233 a 286, 2005. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira, **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 151-167, 2009), no entanto, faz duras críticas ao entendimento da constitucionalização do direito como fenômeno que permite a "aplicação direta e imediata das normas constitucionais pelo juiz no equacionamento dos casos concretos, pondo-se de lado a legislação infraconstitucional cabível (sem que ocorra a declaração de inconstitucionalidade desta)": "esse posicionamento, é, todavia, condenável. Tal menosprezo pela lei (já apontado) contraria, por um lado, a separação dos poderes, por outro, a própria democracia. A separação dos poderes, porque o juiz se substitui ao legislador e é função deste densificar os princípios constitucionais e intermediar pela regulamentação que edita a

da Administração Pública, limitam sua discricionariedade, impondo-lhe deveres de atuação e fornecendo fundamento de validade para os atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente de *interpositio legislatoris*.⁴⁸

Ocorre que a ideia da legalidade administrativa como a regra segundo a qual o Estado só pode agir quando autorizado por lei conflita com a concepção geral de aplicabilidade imediata das normas constitucionais, de forma que não parece fazer muito sentido exigir que a Administração se abstenha de agir sob o pretexto de inércia do legislador.⁴⁹ Com fundamento nesse novo contexto, a doutrina vem destacando a necessidade de repensar o princípio da legalidade administrativa, seja reconhecendo que referido princípio se transformou no **princípio da constitucionalidade ou da juridicidade** (abrindo-se a possibilidade para que o administrador atue tendo por fundamento direto a Constituição⁵⁰) ou anunciando a *crise da legalidade administrativa*, em razão de as relações da Administração Pública não mais poderem ser explicadas com fundamento em uma estrita vinculação à lei, mas sim pela vinculação da atividade administrativa à juridicidade (ou seja, ao ordenamento jurídico como uma unidade, que tem a Constituição como elo a unir todo o arcabouço normativo)⁵¹, seja atestando a falta de precisão e atualidade da expressão "princípio da

sua aplicação a casos concretos. A democracia, porque ele faz do juiz um governante, não tendo, contudo, legitimidade para tanto. Como registra a Constituição brasileira, o povo exerce o poder, ou diretamente, ou por meio de representantes eleitos (artigo 1º, parágrafo único)".

⁴⁸ BARROSO, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Remete-se, no entanto, à leitura da ponderação de Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento (**Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, ebook) sobre a necessidade de se observar os limites democráticos da constitucionalização-releitura.

⁴⁹ SOUZA NETO; SARMENTO, **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, ebook.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.

⁵¹ BINENBOJM, Gustavo, **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 147 e 148. Daí que, segundo o autor, a atividade administrativa pode se realizar (a) segundo a lei, se esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (b) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, podendo, inclusive, ir para além da lei (atividade *praeter legem*) ou até mesmo (c) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento em uma otimizada aplicação da Constituição). Quanto à atividade administrativa *contra legem*, o autor (p. 204 e 205) conclui que: "1. A vinculação do Poder Público à juridicidade importa não apenas a rígida observância das leis, mas também a proteção da segurança jurídica, entendida como tutela da legítima confiança depositada pelos administrados nas condutas da Administração; 2. O princípio da segurança jurídica tem assento constitucional e deve ser ponderado com a legalidade estrita, caso a caso, segundo critérios comparativos entre a gravidade da violação à lei e o grau de lesividade, que decorreria da invalidação retroativa do ato, ao particular, cuja confiança legítima foi violada; 3. A convalidação ou a validação dos efeitos pretéritos de um ato administrativo eivado de ilegalidade (invalidação prospectiva) constituem, por vezes, formas otimizadas de cumprir a Constituição, o que se dará quando o peso relativo do princípio da proteção da confiança legítima sobrepujar aquele atribuído ao princípio da legalidade; 4. Eventualmente, as soluções da convalidação ou da invalidação prospectiva podem decorrer de uma ponderação entre o princípio da legalidade com outros princípios constitucionais, como o princípio da eficiência; 5. Assim, conforme as circunstâncias do caso concreto, invalidação retroativa, invalidação prospectiva e convalidação serão as formas possíveis de expressão da

legalidade"⁵², seja para invocar uma espécie de evolução ampliativa da concepção do princípio da legalidade⁵³. Alfim, a premissa para análise é a mesma: de que o reconhecimento da força normativa da Constituição, de sua supremacia formal e material no ordenamento jurídico e da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (e de sua eficácia irradiante) promoveram uma verdadeira metamorfose na relação da Administração Pública com o ordenamento jurídico, de forma que não mais se concebe a necessidade de autorização da atuação administrativa restritivamente por lei formal (conteúdo tradicional do princípio da legalidade), uma vez que a força normativa e axiológica da Constituição sobre o ordenamento jurídico permite que o administrador atue tendo por fundamento direto a Constituição e que a vinculação da atividade administrativa se dá ao ordenamento jurídico considerado como um todo. Dessa forma, atualmente parece mais apropriado se denominar o princípio da legalidade de *princípio da legalidade com conteúdo ampliado* ou *princípio da juridicidade*⁵⁴ ou ainda *princípio da constitucionalidade*.

1.4. Enfim: uma visão contemporânea do princípio da legalidade

Assentados os contornos atuais do princípio da legalidade, falta enfrentar as distintas dimensões da subordinação jurídica: de preferência de lei e de reserva de lei.

A *preferência de lei* pode ser conceituada como a proibição de que o ato administrativo contrarie o direito vigente, o qual terá preferência, em caso de conflito - considerando que

juridicidade administrativa. As duas últimas configuram hipóteses de juridicidade administrativa contra a lei."

⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Constitucionalização do direito administrativo, **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora - RPGMJF**, ano 2, n. 2, p. 13–23, 2012. Segundo o autor, na verdade, atualmente há uma dupla concepção de legalidade quanto ao seu conteúdo: a legalidade restrita, que se refere à conformidade à lei (*lex*) e a legalidade ampla, que se refere à conformidade ao Direito (*jus*), sendo que para esta última tem se preferido a expressão juridicidade, que incorpora tanto o clássico sentido formal de legalidade como, em acréscimo, os dois sentidos materiais, o da legitimidade (de conteúdo democrático) e o da licitude (de conteúdo moral).

⁵³ DI PIETRO, Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Segundo a autora, o princípio da legalidade evoluiu de uma posição que não cobria todo o âmbito de atuação da Administração Pública (mas apenas os aspectos relacionados aos direitos individuais, especialmente à propriedade e à liberdade) para abranger toda a atividade administrativa; além disso, com a constitucionalização do direito administrativo, sofreu uma ampliação, que resultou em uma redução da discricionariedade no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo e em uma permissão ao Poder Judiciário de examinar a validade das leis e dos atos administrativos sob novo aspecto; assim a constitucionalização não reduziu nem substituiu o princípio da legalidade, mas ampliou o seu conteúdo.

⁵⁴ Nesse sentido, Rui Magalhães Piscitelli (A evolução do Estado através da história dos direitos fundamentais, o novo direito administrativo e o regime de contratações públicas brasileiro - RDC, **Revista Eletrônica do TCE-RS**, v. 1, n. 1, p. 46 a 91, 2014) destaca: "a juridicidade, substituindo a legalidade, na verdade, incorpora-a, mas, além desta, incorpora, também, os princípios, dando, assim, a noção de um verdadeiro sistema jurídico de normas, composto por princípios e regras, ambos cogentes, tudo em observância à leitura principiológica da Administração Pública, o que se retira pela leitura do caput do artigo 37 da Carta Federal vigente".

atualmente a lei é apenas uma dentre as várias fontes do direito e que o parâmetro jurídico da atividade administrativa passou a ser todo o *bloco de legalidade*^{55 56}, a preferência de lei passou a ser entendida como *preferência da ordem jurídica globalmente considerada*. A preferência de lei acarreta duas consequências essenciais: (i) a de que os atos da Administração que contrariem o *bloco de legalidade* são ilegais e, via de regra, inválidos, assim como também são ilegais as omissões de atos cuja prática se impõe e (ii) a de que a ordem jurídica deve prever mecanismos administrativos ou jurisdicionais que permitam a erradicação dos atos ilegais e o suprimento das omissões ilegais.⁵⁷

Já a *reserva de lei* impõe que o atuar administrativo não contrário ao direito deve estar fundamentado em uma norma jurídica e pode se projetar de duas formas: (i) na precedência de lei e (ii) na reserva de densificação normativa. A *reserva de lei como precedência de lei* (i) estabelece que a atuação administrativa deve estar fundamentada em lei formal e essa norma deve ter sido editada antes da atuação que se pretende fundamentar (legalidade em sentido estrito) - em regra, a própria Constituição prevê expressamente quais são as matérias que devem ser tratadas sob a reserva de lei formal. Nesse sentido, a reserva de lei como precedência de lei formal tem dois fundamentos: o democrático⁵⁸, uma vez que a reserva de

⁵⁵ DE SOUSA; DE MATOS, **Direito administrativo geral: introdução e princípios fundamentais**, p. 163. No entanto, ao que parece, existe ainda alguma discussão sobre qual a exata dimensão deste *bloco de legalidade*. Por exemplo, os autores entendem fazer parte do desse bloco, além da Constituição e a legislação ordinária, o direito internacional (convencional e consuetudinário e decisões de organizações internacionais), e - no caso Português - o direito comunitário, os regulamentos administrativos e costumes internos, mas afastam do bloco de legalidade os contratos administrativos e os atos da Administração, embora exista doutrina que também incluía esses últimos.

⁵⁶ Anote-se que, no entendimento de Jean Rivero (**Direito administrativo**, Coimbra: Almedina, 1981, p. 90), mais que a imagem de um bloco, o que melhor se amolda à legalidade é a imagem de uma pirâmide: do cume à base, as normas, de acordo com o *andar* em que estiverem situadas, devem respeitar as normas superiores e, ao mesmo tempo, impõem-se às dos escalões subordinados - assim, à medida que se desce na hierarquia das normas, as exigências de legalidade aumentam. No ponto mais baixo da escala dos atos jurídicos, em compensação, as decisões individuais, seja de qual autoridade emanem, estarão vinculadas pela totalidade das normas gerais que também regem as atividades materiais da Administração.

⁵⁷ DE SOUSA; DE MATOS, **Direito administrativo geral: introdução e princípios fundamentais**, p. 165. Por outro lado, o alargamento dos parâmetros normativos da atividade administrativa traz problemas, sendo o principal deles o de saber qual conduta a administração deve adotar quando se depare com normas conflitantes no interior do bloco de legalidade, inclusive porque não parece ser pacífico que possa ser a própria administração a efetivar essa preferência mediante a desaplicação da norma desconforme (lembrando, ademais que, *a priori*, do princípio da separação de poderes decorre uma reserva jurisdicional de desaplicação de leis inconstitucionais). E, sendo assim, é de se reconhecer que o conflito entre normas do bloco de legalidade pode dar azo a uma ampla possibilidade de colisão de princípios constitucionais, que só pode ser resolvida pela ponderação das circunstâncias do caso concreto, especialmente, quanto às leis inconstitucionais, levando-se em conta o grau de insegurança jurídica causado por eventual desaplicação administrativa da lei.

⁵⁸ Sérvulo Correia (**Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**, p. 38 a 42) destaca que, nesse contexto, a reserva de lei atua não apenas na proteção da esfera individual do cidadão frente ao Estado, mas também se liga às vantagens democráticas do debate de determinadas matérias, institutos e regimes jurídicos no âmbito parlamentar (sede institucional dos debates políticos), tendo, pois, a função de dar publicidade a esses temas e permitir que eles sejam debatidos publicamente, com a ciência do eleitorado e a participação de várias correntes de opinião

lei nesse contexto exprime a preferência por uma decisão normativa dotada de legitimidade democrática representativa direta⁵⁹, e o garantístico, já que tal reserva teria por fim assegurar a previsibilidade e a mensurabilidade das atuações dos poderes públicos (muito embora atualmente existam argumentos de que tal desiderato é alcançado por meio de uma prévia norma jurídica habilitante - não necessariamente lei formal - dotada de publicidade adequada).⁶⁰ A *reserva de lei como reserva de densificação normativa*, por outro lado, acrescenta àquela exigência formal de precedência de lei autorizativa da atuação administrativa a necessidade de previsão de algum conteúdo material - caso assim não fosse, uma norma em branco poderia permitir à Administração agir de forma por ela não especificada ou, no limite, fazer virtualmente tudo. Isso esvaziaria tanto o fundamento democrático da reserva de lei, ao transferir para a Administração a definição dos meios e critérios de sua atuação, quanto seu fundamento garantístico, pois inviabilizaria a previsibilidade, com um mínimo grau de segurança, da atuação administrativa por parte de seus destinatários. Assim, exige-se que a norma habilitante da atuação administrativa tenha certa densidade, um determinado grau de especificação e de pormenorização dos pressupostos e dos meios dessa atuação (que minimamente permitam antecipar os aspectos fundamentais da atuação habilitada).⁶¹

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade está previsto no artigo 5º, II ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"), no artigo 37, *caput* ("a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade...") e no artigo 84, IV ("compete privativamente ao Presidente da República (...) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis...") da Constituição Federal. O quadro normativo apresentado é o de legalidade estrita, ou de reserva de lei como precedência de lei - a

partidariamente institucionalizadas, impedindo, pois, que o governo e as centrais partidárias imponham soluções que decorram de interesses e concepções ignoradas pelo povo.

⁵⁹ Por exemplo, no âmbito português, consubstanciam-se nos atos aprovados pelas assembleias parlamentares diretamente eleitas e, no âmbito brasileiro, pelas leis formais aprovadas pelo Congresso Nacional.

⁶⁰ DE SOUSA; DE MATOS, **Direito administrativo geral: introdução e princípios fundamentais.**, p. 168 e 169. No entanto, segundo os autores, o fundamento garantístico ainda fornece critérios de graduação de densidade da lei habilitante da atuação administrativa, e, por essa razão, tem especial importância para a reserva de densificação normativa. Por sua vez, Marília Aguiar Ribeiro do Nascimento (Os regulamentos independentes em face da separação de poderes: uma análise à luz da Constituição brasileira e portuguesa, **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás**, v. 3, p. 9 a 38, 2012) ressalta que a precedência de lei, nesse sentido exorbita o âmbito da legalidade em sentido estrito, uma vez que a lei deixou de ser o único parâmetro jurídico da atividade administrativa (que passou a se fundamentar no bloco de legalidade).

⁶¹ DE SOUSA; DE MATOS, **Direito administrativo geral: introdução e princípios fundamentais**, p. 176.

atividade administrativa, assim, é subalterna à lei, sua função é fazer cumprir a lei pré-existente, ou seja, a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina ⁶².

Entretanto, no Brasil parte da doutrina, modernamente, vem caminhando para afastar a necessidade de uma reserva total de lei como precedência de lei, diversamente do que se tem entendido em Portugal⁶³. De fato, como exposto *supra*, com o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sua eficácia irradiante e, principalmente, com a constitucionalização do direito administrativo, diversos juristas brasileiros - como Maria Sylvia Zanella di Pietro, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Luís Roberto Barroso e Gustavo Binembom - vêm entendendo ser possível a atuação administrativa com fundamento direto na Constituição (mesmo sem *interpositio legislatoris*).⁶⁴ Contudo, parece cabível a ressalva feita pela doutrina portuguesa no sentido de que essa atuação com fundamento direto na Constituição só seria possível quando estivessem em causa normas constitucionais dotadas, em razão de seu grau de determinação, de aplicabilidade direta (ou seja, que tenham a mínima densidade normativa) - especialmente quando se tratarem de atuações administrativas potencialmente restritivas de direitos, como é o caso do controle estatal.

A análise, nesse ponto, pode se valer dos clássicos significados da legalidade indicados por Eisenmann, que representam, em uma escala crescente, as possibilidades de vinculação da Administração às normas: (i) de que a Administração pode praticar todos os atos que não sejam contrários à lei; (ii) de que a Administração só pode praticar os atos que uma norma autorize; (iii) de que a Administração só pode praticar os atos cujo conteúdo esteja conforme um esquema abstrato fixado por uma norma; e (iv) de que a Administração só pode

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de direito administrativo**, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, 106 e 107. Dessa forma, assegura o autor não haver espaços no ordenamento jurídico pátrio para regulamentos independentes ou autônomos.

⁶³ Em Portugal, ao que parece, o entendimento é no sentido de que a atividade administrativa, em qualquer esfera, teria que se fundamentar em lei formal, ou, melhor dizendo, em uma norma democrático-representativamente legitimada e suficientemente densificada. Nesse sentido: DE SOUSA; DE MATOS, **Direito administrativo geral: introdução e princípios fundamentais**, que indicam que também perfilham a mesma opinião Freitas do Amaral, Jorge Miranda, Gomes Canotilho, Maria da Glória Garcia, Manuel Afonso Vaz, Blanco de Moraes, Maria Lúcia do Amaral.

⁶⁴ Mas é bom deixar claro que esse posicionamento não é unânime na doutrina brasileira. Veja-se, a título de exemplo, o entendimento de Marçal Justen Filho (**Curso de direito administrativo**, 12ª ed. (4ª ed. em ebook). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, *ebook*): "Alguns defendem uma interpretação ampliada para o disposto no artigo 5.º, II, da CF/1988. Afirmam que o mais correto seria aludir ao princípio da constitucionalidade. Portanto, ninguém poderia ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da Constituição. Essa tese funda-se na supremacia da Constituição na ordem jurídica. A proposta deve ser examinada com cautela porque o princípio da constitucionalidade não substitui o princípio da legalidade. É evidente que toda a atividade administrativa estatal deve ser compatível com a Constituição. Mas a constitucionalidade não é suficiente para assegurar a validade da atuação da Administração Pública. Mais precisamente, o princípio da legalidade significa a necessidade de uma manifestação de vontade dos órgãos constituídos pela Constituição, representativos da soberania popular. Não se pode substituir o princípio da legalidade pelo princípio da constitucionalidade porque a atividade administrativa depende, usualmente, da existência de uma lei propriamente dita. A Constituição é o conjunto de normas fundamentais, mas é insuficiente para disciplinar a atividade administrativa."

praticar atos que a lei determina.⁶⁵ Os dois extremos - como sói acontecer -, podem ser afastados como significados gerais do princípio da legalidade: o primeiro, por lhe retirar todo amparo de fundamento democrático ou garantístico, e o último porque paralisaria toda a Administração, pois criaria a necessidade de um comando legal específico para cada ato administrativo, o que é inviável. O terceiro significado traz uma hipótese mais rígida de legalidade, que se coaduna com a ideia da Administração-executora das leis. Já o segundo significado exige apenas que a Administração tenha habilitação legal para a prática dos atos - ao que parece, é o entendimento que tem prevalecido na doutrina brasileira, de modo geral. No entanto. Odete Medauar adverte que esse significado contém gradações: a habilitação legal, muitas vezes, é apenas uma norma de competência (uma norma que atribui poder para a prática de determinados atos), ficando a autoridade com certa margem de liberdade quanto à substância da medida; noutras vezes, a base legal contém um vínculo estrito do conteúdo do ato ao conteúdo da norma ou às hipóteses aí arroladas. Segundo a autora, quanto mais forte a repercussão da medida administrativa nos direitos dos cidadãos, mais estrita deve ser sua vinculação ao conteúdo da norma.⁶⁶

Nesse sentido é que se entende que, no campo específico deste estudo - controle interno estatal com relação a seus servidores -, em que a atividade administrativa muitas vezes acaba esbarrando nos direitos (inclusive em direitos fundamentais) desses agentes públicos, é necessário ter cautela no afastamento da reserva de lei (como precedência de lei), por se tratar, via de regra, de uma atuação administrativa potencialmente agressiva ou interventiva no âmbito de proteção desses direitos. Nesse contexto, repise-se, ao que parece, a atuação da administração há que se pautar, no mínimo, por uma reserva de norma jurídica *democrático-representativamente legitimada e suficientemente densificada*.⁶⁷

2. O INTERESSE PÚBLICO COMO FIM DA ATIVIDADE DO ESTADO

Outra importante questão que também recorrentemente vem à tona quando se discute a atuação estatal é o interesse público como fim da atividade do Estado. O tema tem especial

⁶⁵ EISENMANN, Charles, O Direito administrativo e o princípio da legalidade, **Revista de Direito Administrativo**, v. 56, p. 47-70, 1959.

⁶⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 117 e 118.

⁶⁷ Calha lembrar, ao fim, as palavras de Bandeira de Mello (**Curso de direito administrativo**, p. 103) sobre as funções do princípio da legalidade, que não podem ser perdidas de vista com esse alargamento do bloco de legalidade: "O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso)."

interesse para este estudo porque não é incomum que as atividades de controle estatal sejam justificadas por razões de interesse público.

A primeira grande questão referente ao tema diz respeito à delimitação do conceito de interesse público, que levanta intensos e profundos debates. Embora não seja o objeto central desta tese (e seja um tema cuja envergadura demande um estudo próprio), será necessário tangenciar a discussão, não para exatamente delimitar seu conteúdo, mas ao menos para entender o interesse público enquanto vetor da atividade estatal. Contudo, além disso, no Brasil, existe um outro ponto que merece atenção destacada: a suposta existência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o qual, inclusive, seria o baldrame do regime jurídico singular que é conferido à Administração e também serve, muitas vezes, de fundamento para o controle estatal.

De fato, nos idos de 1977 José Cretella Júnior já escrevia ser comum se indicar como princípios fundamentais do direito administrativo a legalidade e a *preponderância do interesse público sobre o interesse privado* - muito embora, segundo o autor, esses fossem elementos informativos de todo o direito público e não setoriais do direito administrativo (razão pela qual não se colocariam na raiz dos institutos administrativos para legitimá-los).⁶⁸ Modernamente, no Brasil, o maior propulsor da ideia da existência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como diretriz da atuação administrativa é Celso Antônio Bandeira de Mello, que, com fundamento na doutrina de Alessi e Garrido Fallo, defende que o regime jurídico-administrativo é todo fundamentado na supremacia e na indisponibilidade do interesse público. Por muito tempo, essa ideia foi aceita de forma mais ou menos pacífica pela doutrina⁶⁹ e jurisprudência⁷⁰ pátrias. Ocorre que recentemente essa concepção de

⁶⁸ JÚNIOR, José Cretella, Fundamentos do direito administrativo, **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 72, n. 1, p. 299–317, 1977.

⁶⁹ A título de exemplo: MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito administrativo brasileiro**, 42^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 91 a 114; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito administrativo**, 31^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 129 a 156; CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de direito administrativo**, 32^a ed. São Paulo: Atlas, 2018, *ebook*; CUNHA JÚNIOR, Dirley da, **Curso de direito administrativo**, 14^a ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 30 a 59.

⁷⁰ Apenas a título de exemplo, citam-se trechos de ementas de julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos em que se utilizou como fundamento de decisão o princípio da supremacia do interesse público: "O desembolso pelo erário de custos adicionais, destinados à preparação e à manutenção de seus servidores, em especial dos militares, com a finalidade de aprimoramento do Corpo das Forças Armadas, não poder ser negligenciado, em razão da própria configuração constitucional da supremacia do interesse público e da integridade do erário." (ADI 1626, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 02-03-2017 PUBLIC 03-03-2017); "2. Remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de problema temporário de saúde. 3. Vedação expressa em edital. Constitucionalidade. 4. Violação ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Postulado do qual não decorre, de plano, a possibilidade de realização de segunda chamada em etapa de concurso público em virtude de situações pessoais do candidato. Cláusula editalícia que confere eficácia ao princípio da isonomia à luz dos postulados da impessoalidade e da supremacia do interesse público." (RE 630733, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15/05/2013, ACÓRDÃO

supremacia do interesse público passou a ser questionada por alguns doutrinadores. Considerando que, como dito, é comum que o controle interno estatal seja justificado em uma suposta supremacia do interesse público (afinal, parece indene de dúvidas que manter um ambiente institucional íntegro é interesse de toda a sociedade) mostra-se necessário, pois, imergir nesse debate.

2.1. Breve histórico sobre a concepção de interesse público e o surgimento da tese da supremacia do interesse público sobre o interesse particular

A ideia da existência de um interesse coletivo, uma vontade geral a nortear a atividade estatal, está presente desde os primórdios do Estado Moderno. Embora na Idade Média ainda se vinculasse aos anseios do homem enquanto um ser social e justificasse a união dos indivíduos para a criação da comunidade política, essa concepção começa a se alterar com as teses contratualistas e liberais - passa a se compreender que não é a solidariedade social mas sim a finalidade egoística de assegurar a liberdade natural do homem a razão do agrupamento dos indivíduos em sociedade (a sociedade se explica pelo *utilitarismo*, ou seja, os homens se unem porque isso lhes é vantajoso), de forma que a concepção de bem comum (até então uma construção de cunho moral e ideológico) é substituída pela ideia de interesse geral, uma concepção de cunho utilitarista e individualista. O interesse geral passa a fundamentar e legitimar o poder estatal e assim é incorporado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 - a vontade geral é manifestada através da lei (pois a lei deriva de representantes do povo); a lei é instrumento, portanto, de proteção das liberdades⁷¹

A concepção de interesse público se desenvolve, pois, no Estado Liberal como forma de oposição às pretensões personalistas dos governantes, para fazer prevalecer, no exercício da atividade pública, a vontade geral (afastando-se a função administrativa do arbítrio do rei e fazendo do interesse público argumento suficiente para fundamentar o poder do Estado). Assim, o interesse público pautado na vontade geral e na soberania popular tem como características primitivas a sujeição em contrapartida à prerrogativa: o Estado só pode mais que os indivíduos porque, por outro lado, pode menos (devido à sua submissão à vontade do povo). Como naquela época as prerrogativas para a consecução do interesse geral poderiam traduzir verdadeiro perigo às liberdades individuais, foram criados limites para evitar

ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-228 DIVULG 19-11-2013 PUBLIC 20-11-2013)".

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo, *in*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.), **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**, São Paulo: Atlas, 2010, p. 85–102. Apenas com Rousseau a "vontade geral" adquire uma certa roupagem do homem social, que persegue o interesse geral (pela convenção, cada pessoa coloca todo seu poder - liberdade e igualdade - sob a suprema direção da vontade geral)..

arbitrariedades e garantir a atuação no sentido do interesse coletivo: institucional (princípio da separação de poderes), jurídico (dogma da primazia do direito e princípio da legalidade) e político (direito de resistência). De outro lado, as prerrogativas especiais da Administração se justificavam em razão dos deveres a que ela está sujeita⁷².

Mas, como se sabe, o Estado Liberal legou à sociedade opressão e desigualdade social. Após a Revolução Industrial, a crise se agravou. Mostrou-se premente uma mudança na postura do Estado, de mero sujeito passivo espectador, para efetivo promotor dos direitos da pessoa humana. Assim, no Estado Social, quando cresceu a atuação estatal para promover a dignidade humana e corrigir as distorções e injustiças sociais que haviam sido criadas pelo liberalismo⁷³, o princípio do interesse público readquire os contornos axiológicos que havia perdido com o liberalismo, voltando a se aproximar da ideia de bem comum. Muitos autores passaram então a entender que, para cumprir seu papel, o Estado Social teria trazido no talabarte a prerrogativa de limitar o exercício dos direitos individuais em prol do bem-estar coletivo, razão, pois, da consagração da supremacia do interesse público. É a própria tradução da dicotomia da criação do direito administrativo: de um lado a proteção aos direitos individuais diante do Estado (razão do princípio da legalidade) e de outro a necessidade da satisfação dos interesses públicos, a qual conduz à outorga de privilégios e prerrogativas à Administração Pública para limitar os direitos individuais em prol do bem-estar coletivo e para prestar os serviços públicos (razão do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular).⁷⁴

⁷² GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel, O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica, *in*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.), **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**, São Paulo: Atlas, 2010, p. 13–66.

⁷³ Acrescenta-se as lúcidas observações de Irene Patrícia Nohara (Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo, *in*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.), **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**, São Paulo: Atlas, 2010, p. 120–154): "Sabe-se que a noção de um Estado intervencionista não pode ser vista somente como produto de uma revolução socialista, que reflexamente forçou o capitalismo a fazer concessões, mas é analisada da perspectiva de pressuposto de manutenção do próprio capitalismo, a partir do momento em que se percebeu, por exemplo, que sem a distribuição de oportunidades não haveria a formação de significativo mercado consumidor para dar vazão à produção e criar crescimento econômico. Com a 'mão invisível' seria praticamente inevitável o fenômeno de concentração/monopólio, considerado um dos principais ingredientes que provocam rupturas no funcionamento do sistema, pela ausência de concorrência, tendo sido o liberalismo incondicionado de Adam Smith substituído, nos Estados Unidos, após a Grande Depressão, pelo chamado capitalismo de Estado. É óbvio que os setores privados não colocarão, via de regra, *sponte propria* interesses coletivos acima de seus interesses particulares. Basta refletir que a finalidade lucrativa é o intuito principal da lógica do mercado, que, via de regra, não se movimenta como o terceiro setor. Não se pode negar, portanto, que se não houver uma instância legítima e apta a impor regras com caráter coercitivo, não se pode esperar que tal respeito ocorra espontaneamente. Assim, é necessário não apenas a intervenção estatal em sentido amplo, mas também o direcionamento coativo das atividades privadas aos interesses públicos primários, para o bem de todos, sendo a supremacia do interesse público fundamento do poder de polícia."

⁷⁴ DI PIETRO, O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo.

2.2. O regime jurídico-administrativo e o interesse público

Como exposto, por muito tempo a doutrina de Bandeira de Mello sobre o *regime jurídico-administrativo* - segundo a qual a normativa peculiar do Direito Administrativo, que garante sua autonomia e identidade, fundamenta-se em dois princípios: supremacia do interesse público sobre o interesse privado e indisponibilidade, pela Administração, do interesse público⁷⁵ - foi bem aceita por boa parte dos administrativistas e pela jurisprudência brasileiros.

Embora o conceito de interesse público seja bastante fluido e sem muito consenso na doutrina, o autor trabalha com uma concepção relacional: o interesse público (o interesse do todo, do conjunto social) é a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, é o interesse de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade. Nesse sentido, o autor entende ser possível divisar a existência, de um lado, do interesse individual (que diz respeito às conveniências de cada um quanto à sua vida particular) e, de outro, o interesse igualmente pessoal desses mesmos indivíduos e grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos, assim como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que sobrevierem nas gerações futuras. É, pois, esse último interesse que se nomeia interesse público - um interesse não dissociado do interesse das partes, mas uma faceta dos interesses dos indivíduos que se manifesta quando estes, como membros de um corpo social, comparecem em tal qualidade. Daí o conceito de interesse público (primário) como o **interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem** (incluído o depósito intertemporal destes interesses).⁷⁶ A partir desta concepção, afasta-se a caracterização do interesse público como

⁷⁵ MELLO, **Curso de direito administrativo**, p. 37, 53, 57 e 58. Na concepção do autor os elementos do binômio "prerrogativa da administração - direito dos administrados" (que Garrido Falla indica como baldrame do Direito Administrativo) estariam expressos nesses dois princípios, que teriam funções explicativa e aglutinadora mais eficientes que as noções de serviço público, *puissance publique* ou utilidade pública.

⁷⁶ *Ibid*, p. 60 a 62. Na busca da definição do que seria o interesse público, o autor chega a algumas conclusões: (i) que o interesse público é o interesse do todo, do próprio conjunto social; (ii) que não é formado pela soma dos interesses individuais; (iii) que não é algo que existe por si mesmo, uma realidade independente e estranha a qualquer interesse as partes; (iv) que é uma junção qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica de sua manifestação. A partir daí, propõe, para se aproximar do conceito, que se responda à seguinte questão: poderá haver um interesse público que seja discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade? Em sua concepção, a resposta é negativa, pois seria inconcebível que algo que é interesse do todo fosse, ao mesmo tempo, contrário a cada uma das partes que o compõem. Assim, embora possa haver interesse público contraposto a um determinado interesse individual, não há interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. E é dessa percepção intuitiva que Bandeira de Mello retira a relação indissolúvel entre interesse público e interesses individuais na qual ele finalmente fundamenta o conceito.

um interesse exclusivamente do Estado, inclusive a ideia de que o interesse público estaria relacionado com os interesses das entidades públicas enquanto pessoas jurídicas (interesses secundários, os quais podem existir, mas são similares aos de qualquer outro sujeito).⁷⁷ Entretanto, Bandeira de Mello ressalta que, de toda forma, a concreta individualização de interesses qualificáveis como públicos só pode ser encontrada no direito positivo - ou seja, ainda que determinado interesse se enquadre abstratamente naquele esquema conceitual, ele só será qualificado como interesse público pelo ordenamento jurídico. E, sendo assim, considerando que a proteção de interesses privados previstos na Constituição é também de interesse público, o princípio da supremacia do interesse público pode levar, eventualmente, à proteção de bens e interesses privados.⁷⁸

Firmada a estrutura do interesse público, Bandeira de Mello passa à caracterização do regime jurídico-administrativo por seus dois elementos estruturantes. O **princípio da supremacia do interesse público** proclama a superioridade do interesse da coletividade sobre o interesse particular, do qual adviriam os seguintes princípios subordinados: (i) posição privilegiada da Administração Pública (órgão encarregado de zelar pelo interesse público) nas relações com os particulares - os instrumentos conferidos pela ordem jurídica para assegurar a proteção do interesse público, são os "privilégios" que a Administração possui em diferentes campos; (ii) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações, que significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade e comando em relação aos particulares (posição de supremacia geral), a qual é indispensável para gerir os interesses públicos; (iii) restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública, as quais são a contraparte às prerrogativas de autoridade, mas marcam o efetivo comprometimento com os interesses da sociedade, por meio de barreiras erguidas contra quem esteja no

⁷⁷ Ressalte-se que essa distinção citada por Bandeira de Mello é aquela já trazida por Alessi na doutrina italiana entre interesse público primário (interesse coletivos) e interesse público secundário (interesse do aparato administrativo). Com efeito, Renato Alessi (**Instituciones de derecho administrativo**, Tradução da 3ª edição italiana. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970, p. 181 a 187) consigna que, embora a Administração Pública normalmente se apresente como titular de um poder de império perante os particulares (que lhe permite fazer prevalecer sua vontade), este poder é limitado, para ser compatível com as modernas formas de Estado (não arbitrário). À partida, esse poder é limitado pelo Direito e seu primeiro e fundamental limite é estabelecido pelo princípio da separação de poderes. Dessa forma, a Administração só pode fazer prevalecer coativamente o interesse público sobre os interesses particulares quando se trate de interesse cuja prevalência tenha sido estabelecida por um ato legislativo primário cuja aplicação pressuponha um futuro ato concreto por parte da Administração (princípio da legalidade). Além disso, Alessi destaca que a função da Administração Pública consiste na realização do interesse público primário (coletivo), interesse esse, pois, que legitima a ação administrativa e é determinado pela lei. É que estão a cargo da Administração tanto o interesse coletivo primário, formado pelo conjunto de interesses individuais preponderantes em uma determinada organização jurídica da coletividade, quanto os interesses da Administração entendida como aparato organizativo - na verdade, esse último (se é que é possível, nesse caso, conceber-se um interesse unitariamente considerado) seria apenas um dos interesses secundários que se fazem sentir na coletividade, e que só podem ser realizados nos casos de coincidência com o interesse coletivo primário e dentro dessa coincidência.

⁷⁸ MELLO, **Curso de direito administrativo**, p. 68 e 69.

desempenho da atividade estatal.⁷⁹ Além disso, da conjugação entre o primeiro e o último princípio, adviria ainda a exigibilidade e, em certas hipóteses, a executoriedade dos atos administrativos e a autotutela da Administração. O uso de tais prerrogativas, entretanto, só será legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos *primários*.⁸⁰ Já o **princípio da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos** estabelece que, como interesses próprios da coletividade, os interesses públicos não se encontram à disposição de quem quer que seja, são inapropriáveis, cabendo ao órgão administrativo tratá-los e tutelá-los, na estrita conformidade da previsão legal, de acordo com a finalidade a que estão adstritos. Dessa indisponibilidade adviriam ainda alguns outros princípios: (i) da legalidade e suas decorrências, a saber: princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado; (ii) da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública e seu cognato, o princípio de continuidade do serviço público; (iii) do controle administrativo ou tutela; (iv) da isonomia, ou igualdade dos administrados em face da Administração; (v) da publicidade; (vi) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; e (vii) do controle jurisdicional dos atos administrativos.⁸¹

Por fim, Bandeira de Mello ainda acrescenta como formadores do regime jurídico-administrativo os princípios da hierarquia (de natureza técnica de organização, típico da Administração Pública e da função administrativa) e da segurança jurídica (que, ainda que não setorial, assume importante papel no direito administrativo, ao evitar que alterações supervenientes gerem instabilidade na situação dos administrados, minorando eventuais impactos negativos que novas disposições jurídicas poderiam causar em situações em curso).⁸²

2.3. O princípio da supremacia do interesse público em xeque: uma crítica constitucional

No final da década de 1990, Humberto Ávila publicou um artigo na Revista Trimestral de Direito de Público - "Repensando o 'Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular'" - que pode ser considerado o primeiro grande questionamento ao princípio da

⁷⁹ *Ibid.*, p. 70 a 75. Como exemplo de restrições ou sujeições, são citados: a impossibilidade de livre escolha de seus contratantes (necessidade de licitação), a impossibilidade de interromper a prestação dos serviços públicos essenciais ou a impossibilidade de se furtar de motivar os atos que pratica.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 72 e 73. Por isso, segundo o autor, tais prerrogativas da Administração deveriam ser encaradas não como poderes ou como poderes-deveres, mas como *deveres-poderes* para atrair a atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo o aspecto finalístico que os informa e que carrega consequentemente suas limitações.

⁸¹ *Ibid.*, p. 76 a 89.

⁸² *Ibid.*, p. 89 e 90.

supremacia do interesse público.⁸³ Em seguimento, juntaram-se outras vozes indagando sobre o cabimento do princípio, sua existência e sua posição como elemento estruturante do regime jurídico-administrativo e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico vigente.

As principais críticas ao *princípio da supremacia do interesse público* podem ser resumidas nos seguintes argumentos: (i) falta de sustentação teórica capaz de justificar a supremacia do interesse público sobre os interesses individuais à luz da atual ordem constitucional; (ii) impossibilidade de que a supremacia do interesse público seja entendida como norma princípio (seja do ponto de vista conceitual, seja do ponto de vista normativo) ou que seja compreendida como um postulado normativo; (iii) incompatibilidade da supremacia do interesse público com o sistema constitucional dos direitos fundamentais; (iv) indeterminabilidade do conteúdo do "interesse público" (e a possível arbitrariedade em sua definição apriorística pela Administração); (v) inexistência de um interesse público unitário; (vi) impossibilidade de se afastar direitos subjetivos por simples interesses (exceto se isso estiver expressamente determinado no ordenamento jurídico). Passa-se a apresentá-las.

O primeiro argumento é a *falta de sustentação teórica capaz de justificar o princípio da supremacia do interesse público à luz da atual ordem constitucional (i)*. De fato, as teorias morais que, a princípio, seriam capazes de explicar a prevalência abstrata e *a priori* do interesse público sobre o interesse privado - o organicismo ou o utilitarismo - não encontram guarida na ordem constitucional atual.⁸⁴

O organicismo concebe as comunidades políticas como um "todo vivo"⁸⁵ que tem seus próprios fins, valores e objetivos (diversos dos de seus integrantes) - prioriza, pois, o público, o Estado e a comunidade política em detrimento do indivíduo, entendendo que a realização dos fins coletivos pelo Estado deve constituir o objetivo máximo de cada componente da comunidade. Referida teoria poderia justificar o princípio da supremacia do interesse público na medida em que defende que o bem de cada um só se realiza quando assegurado o bem

⁸³ ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". **Revista Trimestral de Direito Público** (24):159-180, São Paulo: Malheiros, 1998. O mesmo artigo depois foi publicado na obra **Direito Público em Tempos de crise**, Org. Ingo Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 99-127. Mais recentemente, foi também publicado, sem alterações, na obra **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Org. Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, p. 171-215 (é com esta última publicação que se trabalha nesta tese).

⁸⁴ Veja-se, em especial: SARMENTO, Daniel, Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade, *in*: **Direito administrativo e seus novos paradigmas**, Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 97-143; e BINENBOJM, **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**.

⁸⁵ O nome da teoria advém de uma alusão ao corpo humano: enquanto a comunidade política - esse "todo vivo" - seria o corpo humano, os indivíduos ali desempenhariam seus papéis como órgãos daquele corpo.

comum.⁸⁶ No entanto, o organicismo e a ideia que lhe é subjacente, de que existiria um interesse público inconfundível com os interesses pessoais dos integrantes de uma sociedade política e superior a eles, não encontra amparo na ordem constitucional vigente, pois é incompatível com a dignidade da pessoa humana, que não tolera a instrumentalização das pessoas (as quais são fins, nunca meios para nada), e também com o Estado Democrático de Direito, que se estrutura no reconhecimento do valor fundamental da autonomia pública e privada do cidadão⁸⁷, além de potencialmente representar perigo para a liberdade individual, por reprimir e instrumentalizar a individualidade em prol de um suposto organismo superior, abrindo a possibilidade de que, inclusive, a liberdade venha a ser restringida em nome de ideais coletivos, muitas vezes vagos e indefinidos, ou simples disfarces para o arbítrio dos governantes.⁸⁸

O utilitarismo, por outro lado, preconiza que a melhor solução para cada problema político-social é sempre aquela capaz de promover em maior escala os interesses dos membros da sociedade (maximizar o bem-estar, o prazer, a felicidade ou as preferências racionais do maior número de pessoas), assumindo, pois, uma ética consequencialista, em que o juízo sobre determinado ato não depende de sua conformidade ou não com princípios morais anteriores, mas sim das consequências que produzirá sobre os interesses dos membros da sociedade. A lógica do pensamento utilitarista parte da premissa de que os indivíduos têm vários interesses que podem entrar em conflito - na busca da solução mais justa, deve-se conferir igual peso a esses interesses, justificando-se o sacrifício dos interesses de um membro da comunidade sempre que esse sacrifício for compensado por

⁸⁶ SARMENTO, Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. BINENBOJM, **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, p. 84.

⁸⁷ SARMENTO, Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. De fato, a teoria organicista desconsidera que: (i) cada indivíduo é um valor em si, independentemente do papel que desempenhe na sociedade; (ii) cada indivíduo tem interesses, objetivos e valores próprios, irredutíveis ao "todo" coletivo; (iii) a dimensão humana da vida pública, embora importante, não faz qualquer sentido sem sua dimensão privada, que deve ser cultivada para a persecução de projetos e objetivos próprios de cada indivíduo, autônomos em relação aos interesses da comunidade política; (iv) atualmente sequer é possível se dizer que o Estado ou a sociedade política configuram um verdadeiro organismo, uma vez que é característica mais marcante da atualidade o pluralismo e os laços sociais mais tênues.

⁸⁸ Cite-se a doutrina de Paulo Bonavides (**Ciência Política**, 18º ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 59): "Os organicistas, na teoria da Sociedade e do Estado, se vêem arras-tados quase sempre, por consequência lógica, às posições direitistas e an-tidemocráticas, ao autoritarismo, às justificações reacionárias do poder, à autocracia, até mesmo quando se dissimulam em concepções de democracia orgânica (concepção que é sempre a dos governos e ideólogos pre-dispostos já à ditadura). Nem sequer um doutrinário da democracia co-mo Rousseau, com a concepção organicista e genial da *volonté générale*, princípio novo tão aplaudido por Hegel, pôde forrar-se a essa increpação uma vez que o poder popular assim concebido sob a divisa da "vontade geral" acabaria gerando o chamado despotismo das multidões. Aqui te-ríamos a exceção radical de um organicismo democrático desembocando todavia no mesmo estuário que já referimos: o autoritarismo do poder, a ditadura dos ordenamentos políticos."

um ganho superior nos interesses de outros indivíduos.⁸⁹ Dessa forma, projetos e ações coletivas só são moralmente justificáveis se seu efeito for a maximização dos interesses da maioria dos indivíduos, pois, caso contrário, estar-se-ia instituindo privilégios para alguns em detrimento de um conjunto maior de pessoas.⁹⁰ O utilitarismo, entretanto, é incompatível com a ordem jurídica vigente porque não trata os direitos fundamentais como direitos situados acima dos interesses das majorias - entende que tais direitos só devem ser protegidos se isso convier à promoção do bem-estar geral, o que conflitua com a própria estrutura constitucional de proteção reforçada dos direitos fundamentais (inclusive como cláusulas pétreas - artigo 60, § 4º, IV da Constituição brasileira) que prevalece ainda que contra os interesses da maioria dos membros da coletividade. Ou seja, assim como no organicismo, também no utilitarismo o indivíduo deixa de ser tratado como fim em si mesmo, para ser encarado como parte do todo social, sem relevância moral em sua independência, concepção que não encontra guarida na ordem constitucional atual.

A segunda crítica citada - especialmente desenvolvida por Humberto Ávila⁹¹ - diz respeito ao fato de *a supremacia do interesse público não poder ser descrita como uma norma-princípio (seja do ponto de vista conceitual, seja do ponto de vista normativo) nem como um postulado normativo (ii)*.⁹²

De acordo com Alexy⁹³, os princípios - enquanto normas-princípios - são mandados de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, podendo, pois, ser concretizáveis em diversos graus, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, sendo o âmbito dessas possibilidades jurídicas determinado pelos princípios e regras colidentes. Como não são normas prontas de comportamento, carecem sempre de ponderação, de concretização, isto é, a solução de colisão entre normas-princípio passa pelas regras de prevalência entre os princípios envolvidos, que será estabelecida de acordo com as circunstâncias do caso concreto e em função das quais será determinado um peso relativo a cada norma-princípio; essa solução é móvel e contextual,

⁸⁹ SARMENTO, Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade.

⁹⁰ BINENBOJM, **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, p. 86.

⁹¹ ÁVILA, Humberto, Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular".

⁹² Humberto Ávila (*Ibid.*) lembra, à partida, que o termo "princípio" não é unívoco, podendo indicar: (i) um axioma, ou seja, uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, independentemente de prova e não sujeita a debates; (ii) um postulado, ou seja, uma condição de possibilidade de conhecimento de determinado objeto, no caso, um postulado normativo, isto é, uma condição de possibilidade de conhecimento do fenômeno jurídico (não oferecendo argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, apenas explicando como pode ser obtido o conhecimento do Direito); ou (iii) uma norma, responsável pela revelação do conteúdo de determinada prescrição normativa, em função do qual se delimita o que o ordenamento jurídico determina, proíbe ou permite (servindo, pois, de fundamento para a interpretação e aplicação do direito).

⁹³ ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 90.

pois aquela regra de prevalência estabelecida institui uma hierarquia móvel entre aquelas medidas, que pode se modificar se alterado o contexto fático e normativo.⁹⁴ No entanto, ao determinar, de forma abstrata, a prevalência do interesse público sobre o interesse particular, o "princípio" da supremacia se desnatura como norma-princípio, configurando, na verdade, uma *regra de prevalência abstrata* em favor do interesse público, uma vez que: a sua própria descrição não abre espaço à concretização gradual, pois a prevalência é a única possibilidade (ou grau) normal de aplicação do princípio e independe das possibilidades fáticas e normativas; sua explicação abstrata exclui, *a priori*, a necessidade de ponderação, pois o interesse público deve ter maior peso que o interesse particular, sem que sejam ponderadas as diferentes opções de solução e uma máxima realização das normas em conflito (e dos interesses que elas resguardam). Ou seja, a supremacia do interesse público indica que a solução de qualquer colisão se dá por meio da regra de prevalência estabelecida *a priori* (e não *ex post*) a favor do interesse público, que possui prioridade abstrata e independente dos interesses privados correlacionados.⁹⁵

Além disso, a crítica também levanta a falta de respaldo normativo do princípio da supremacia, uma vez que ele: (a) não decorre da análise sistemática do ordenamento jurídico, não possuindo, como visto, fundamento de validade na ordem constitucional vigente, pois a Constituição brasileira se volta principalmente para a proteção dos interesses dos indivíduos, é orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, de onde se infere a necessidade de se proteger os interesses individuais⁹⁶, de forma que apenas onde a Constituição permite é que seria possível cogitar, por via de ponderações proporcionais, restringir os direitos

⁹⁴ ÁVILA, Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". O autor lembra que a grande diferença entre as normas-princípio e as regras, já que essas últimas são normas cujas premissas são ou não diretamente preenchidas e, no caso de colisão, a solução ocorrerá ou pela introdução de uma exceção à regra (de modo a excluir o conflito) ou pela decretação da invalidade de uma das regras envolvidas

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.* Boa parte da doutrina que questiona a existência de um princípio da supremacia do interesse público acompanha a crítica apresentada inicialmente por Humberto Ávila. Gustavo Binenbojm (**Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.**, p. 97 e 98) desenvolve análise semelhante. Marçal Justen Filho (**Curso de direito administrativo**, ebook) destaca que não é possível afirmar, de forma abstrata e generalizada, a supremacia absoluta em favor de algum titular de posição jurídica, seja o Estado seja qualquer sujeito privado (todo direito, interesse, poder, competência ou ônus são limitados pelos direitos fundamentais). Odete Medauar (**Direito administrativo moderno**, p. 128) ressalta que, diante de uma Constituição que prioriza os direitos fundamentais - os quais são essencialmente particulares - parece ilógico e incoerente à diretriz constitucional afirmar um princípio da supremacia do interesse público como princípio do direito administrativo. Patrícia Baptista **Transformações do direito administrativo**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 139 e 140) sustenta a dificuldade de afirmação da existência de uma supremacia apriorística do interesse público sobre o particular: "Não se pode desconsiderar, ainda, o papel do desenvolvimento de uma teoria dos direitos humanos e da incorporação desses direitos às cartas constitucionais contemporâneas. A indiscutível elevação dos inúmeros interesses privados à condição de direitos fundamentais constitucionalizados inviabiliza a sua submissão *a priori* aos interesses públicos eleitos pelo legislador ordinário."

fundamentais em razão de direitos coletivos; (b) não é abstratamente determinável⁹⁷, sendo que sua indeterminabilidade empírica vai de encontro com a segurança jurídica; (c) não se sustenta ao se afastar a pretensa dissociação entre interesse público e privado - embora tal dissociação seja pressuposta pelo princípio da supremacia, tanto o interesse público quanto o interesse privado (especialmente os direitos fundamentais) são abarcados pela proteção constitucional, de forma que, alfim, interesses privados estariam incluídos nos próprios fins do Estado, afastando, com isso, a citada dissociação e a colisão, indicando haver, na realidade, uma conexão estrutural entre eles; e, se ambos os interesses (públicos e privados) são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre o outro fica prejudicada⁹⁸; e (d) é incompatível com os preceitos normativos erigidos pela ordem constitucional, especialmente a proporcionalidade e a concordância prática (que são os responsáveis pela busca da realização máxima de bens jurídicos contrapostos), uma vez que tais preceitos são inconciliáveis com um "princípio" que, no caso de conflito com o interesse privado, sem considerar as circunstâncias do caso concreto, estabeleça de antemão que a melhor solução é a prevalência do interesse público; ou seja, com tal conteúdo normativo, o princípio da supremacia afasta o processo de ponderação, enfraquece os interesses privados envolvidos, mitiga o dever de fundamentação a que se sujeitam os poderes do Estado e, ao desconsiderar as especificidades do caso concreto, distancia-se do princípio da proporcionalidade.⁹⁹

⁹⁷ Questiona-se inclusive se o interesse público pode ser descrito objetivamente, já que se relaciona com diferentes normas e conteúdos - Joaquim Freita da Rocha (Direito pós-moderno, patologias normativas e protecção da confiança, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, ano II, p. 383 e ss., 2010) destaca que, no contexto da análise de uma *corrosão do poder legislativo clássico*, aponta que atualmente algumas circunstâncias são causadoras de incertezas - dentre elas, a explosão legal, a ambiguidade e a tecnicização. Especialmente ao tratar da "ambiguidade", o autor relembra que existe um progressivo aumento da atuação de "grupos de pressão" ou "poderes paralelos", empurrando o ordenamento para uma desracionalização e criando ambiente para que se utilize a lei com o intuito de resolver problemas e reivindicações concretos; além do aumento de recurso ao Direito aberto (pela utilização de cláusulas indeterminadas e de remissões), afrouxando-se a vinculação à lei e transferindo para o próprio aplicador a densificação dos conceitos necessários para que a lei seja aplicada na prática. Tudo isso gera como consequência (dentre outras), a desintegração do interesse público, uma vez que, em um ordenamento que tenta acolher todas as pretensões e dar cobertura a todos os múltiplos e setoriais interesses, ficaria praticamente impossível se encontrar um "interesse geral" ou um "bem comum" que sirva de substrato à atuação das entidades públicas (de forma, então, que a atuação administrativa se torna errática e insegura porque não se consegue rever em um interesse público que lhe sirva de referência e que deve estar constitucionalmente ancorado).

⁹⁸ Nesse sentido, Gustavo Binenbojm (**Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, p. 99) aduz que essa "indissociabilidade entre os interesses públicos e os interesses privados" decorre da existência de um ordenamento jurídico pautado por garantias e direitos individuais que o Estado deve observar e proteger - assim, a realização de interesses privados (reconhecidos pela Constituição como direitos fundamentais) quando em confronto com interesses públicos não significa um desvio de finalidade para a Administração, pois a promoção desses direitos também é um fim público.

⁹⁹ ÁVILA, Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". No mesmo sentido, Odete Medauar (**O direito administrativo em evolução**, 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 372) assevera que o princípio da proporcionalidade matiza o sentido absoluto da supremacia, uma vez que implica, dentre outros, a busca pela providência menos gravosa na obtenção de um resultado.

Além de não se qualificar como uma norma-princípio, nos termos da teoria dos princípios contemporânea¹⁰⁰, a supremacia do interesse público, segundo a crítica, também não funciona como um postulado normativo (ou seja, como um elemento capaz de explicar o sistema jurídico-administrativo e a relação Estado-cidadão). À partida, em razão de existirem diversos interesses consagrados constitucionalmente, um princípio explicativo do direito administrativo não poderia se apresentar como uma regra de preferência, mas sim como um "postulado da unidade da reciprocidade de interesses" (o qual, voltado para o bem comum, determinasse a consideração recíproca dos diversos interesses em jogo). Além disso, para que a supremacia do interesse público pudesse funcionar como um postulado normativo, seria necessária a verificação de certos pressupostos, que *não* estão presentes: a dissociabilidade entre interesses públicos e interesses privados, indispensável para se afirmar a primazia de um sobre o outro; a bilateralidade das relações administrativas (desconsiderando o caráter cada vez mais multipolar dessas relações, permeadas por vínculos nos quais não existe a contraposição entre público e privado¹⁰¹); a determinabilidade objetiva e abstrata do conceito de interesse público (o que, como já exposto, não é possível).¹⁰²

A terceira crítica se refere à *incompatibilidade entre a supremacia do interesse público e o sistema constitucional de direitos fundamentais (iii)*. A centralidade dos direitos fundamentais na sustentação do sistema constitucional - que determina que toda a

¹⁰⁰ A crítica entende que, na verdade, quando muito a ideia da supremacia do interesse público poderia ser encarada como um princípio ético-político, inspirado, portanto, em elementos que estão fora da ciência do Direito, representando uma espécie de "necessidade racional para a comunidade política". No entanto, registra-se o alerta de Patrícia Baptista (**Transformações do direito administrativo**, p. 134 e 135): "Ora, conquanto a tese aqui exposta se afigure por demasiado sedutora, parece bem andar com cautela em tal terreno. É que a expressão princípios jurídicos, como lembra Eros Roberto Grau, apresenta o obstáculo da polissemia. A teoria geral do direito, malgrado o sensível progresso na construção de uma teoria dos princípios, está longe da uniformidade no trato desse conceito. Além do mais, o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu em tempos idos, ao menos no campo da ordem econômica e do direito de propriedade, o status constitucional do princípio da supremacia do interesse público no Brasil." Veja-se trecho do julgado citado pela autora: "A Constituição da República, ao fixar as diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam o direito de propriedade, proclama, como valores fundamentais a serem respeitados, a supremacia do interesse público, os ditames da justiça social, a redução das desigualdades sociais, (...) (ADI 1003 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/1994, DJ 10-09-1999 PP-00002 EMENT VOL-01962-01 PP-00001)

¹⁰¹ Cite-se, novamente, a doutrina de Patrícia Baptista (*Ibid.*, p. 139): "A sociedade contemporânea é uma sociedade pluralista. A dicotomia interesse público-privado não mais se mostra suficiente para resumir o problema dos fins da Administração Pública. Ao lado do interesse público e dos interesses privados, concorrem agora novas categorias de interesses que a formulação original da ideia da supremacia do interesse público ignorava por completo: os interesses coletivos, difusos e sociais. Por isso, enquanto a afirmação da supremacia do interesse público sobre o particular apresentava-se como uma decorrência lógica da vida em sociedade - vez que os interesses egoísticos dos cidadãos não devem, como regra, sobrepor-se aos interesses públicos -, o mesmo raciocínio não pode ser empregado para as demais categorias de interesses. Sendo todas essas espécies de interesses manifestações oriundas do corpo social, não há determinar, por antecipação, e fora da hipótese concreta, qual delas deva se sobrepor às demais."

¹⁰² ÁVILA, Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular".

Constituição seja compreendida a partir deles - faz com que exista um instrumental específico para sua proteção e sua realização, que inclui um regime diferenciado de restringibilidade, destacando-se os seguintes *topoi*: (a) os direitos fundamentais só podem ser restringidos nos casos admitidos pela Constituição, expressa ou implicitamente¹⁰³; (b) não há uma cláusula geral de permissão de restrição dos direitos fundamentais¹⁰⁴; (c) a restrição constitucionalmente admitida é matéria de reserva de lei; (d) a lei restritiva não pode devolver o juízo de restrição para a atuação discricionária da Administração Pública; (e) a restrição só é legítima na medida necessária para salvaguardar outro direito fundamental ou outro interesse ou bem constitucionalmente protegidos (em obediência ao princípio da proporcionalidade); (f) as leis restritivas devem ter caráter geral e abstrato; e (g) as leis restritivas devem preservar o núcleo essencial do direito fundamental.¹⁰⁵ Dessa forma, já à partida, seria incompatível com o sistema de direitos fundamentais a existência de um princípio que, por si só, pudesse promover - de forma abstrata e sem a consideração das circunstâncias do caso concreto - a restrição de direitos fundamentais em prol de um interesse coletivo, geral, ainda mais quando se considera que nem todo interesse público tem assento constitucional, situação em que seria ainda mais inadmissível se postular sua predominância frente àqueles direitos com tutela constitucional reforçada.

Além disso, decorre do princípio da unidade da Constituição¹⁰⁶ a necessidade de convivência entre interesses diversos, que ora estarão em harmonia ora não - nesta última situação, o sentido democrático da Constituição não deve levar à opção prévia pela preponderância de um ou de outro¹⁰⁷; na verdade, a unidade público/privado deve remeter a

¹⁰³ Nesse sentido: NOVAIS, Jorge Reis, **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, 2ª ed. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal-Coimbra Editora, 2010.

¹⁰⁴ SCHIER, Paulo Ricardo, Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais, in: SARMENTO, Daniel (Org.), **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 217 a 242.) ressalta que, embora caiba ao Parlamento, em razão do princípio da separação de poderes e sem a necessidade de autorização expressa, exercer o papel de conformação dos direitos fundamentais (atividade que decorre implícita ou explicitamente da divisão funcional orgânica das tarefas constitucionais) a restrição aos direitos fundamentais segue sentido diverso: "O Parlamento não possui uma autorização a priori para atuação neste sítio. Afinal, os direitos fundamentais nascem como espécie de limite (e legitimação) da atuação estatal, o que justifica a sua originária verticalidade. A separação dos poderes protege os cidadãos contra o abuso na atuação material do Estado e na atuação normativa. Esta é a lógica do Estado de Direito. O Poder Legislativo não pode, livremente, negar a Constituição. É por isso que a restrição de direitos fundamentais possui limites materiais e formais, internos e externos. É igualmente por isso que não existe cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais, pois do contrário eles substanciariam benesses políticas do Parlamento e se condicionariam às suas oscilações."

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.* De fato, a Constituição desempenha missão de unificação política da sociedade, remetendo à ideia de unidade de valores, de princípios e de interesses (no sentido de pluralidade e de coexistência na diferença)

¹⁰⁷ Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (**Curso de direito administrativo**, ebook) afirma que, o constitucionalismo pós-moderno, que gira em torno dos direitos fundamentais, não abarca um

solução desses conflitos ao caso concreto. Quando a Constituição opta, em abstrato, pela prevalência do interesse público sobre o privado ou do privado sobre o público, faz isso como técnica de solução prévia de colisão de direitos fundamentais. Mas quando essa solução não é dada de antemão pela Constituição, a concepção de unidade bem como a dificuldade de se determinar com precisão o conteúdo do interesse público impedem que se confira uma resposta *a priori* em favor de um ou de outro interesse, de forma que a decisão deverá passar necessariamente pela ponderação dos interesses em conflito.¹⁰⁸

Por fim, a teoria moral que dá sustentação à Constituição brasileira - a teoria personalista¹⁰⁹ - mantém na pessoa, e não no Estado, o centro de importância, mas não

princípio da supremacia do interesse público (o qual pressupõe uma hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos e privados). Essa relação não mais se mantém porque no Estado Democrático de Direito quaisquer interesses só podem estar *subordinados* ou *supraordinados* uns aos outros a partir de disposição legal; no entanto, a lei não poderá romper a hierarquia axiológica constitucional firmada em razão do primado da pessoa humana, que se expressa nas liberdades, direitos e garantias fundamentais e que, apenas excepcionalmente, poderá ser temperado pela previsão de um interesse público específico que justifique limitar ou condicionar essas expressões indissociáveis das pessoas..

¹⁰⁸ SCHIER, Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. Noutras palavras, o fato, de em alguns casos, a Constituição reconhecer a prevalência de determinados interesses públicos sobre os privados não autoriza a afirmação de um princípio geral de supremacia do interesse público (até porque em outros casos, há o reconhecimento expresso da prevalência dos interesses privados sobre os públicos) - daí que o conflito real entre interesses públicos e privados deve ser analisado à luz do caso concreto, por meio de ponderação, sem nenhuma regra de preferência de um ou de outro previamente fixada.

¹⁰⁹ SARMENTO, Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. O autor defende que é a teoria personalista - e não o individualismo puro - que serve de baldrão para a Constituição de 1988. O individualismo, como é sabido, foi a filosofia que floresceu no Estado liberal burguês (e tem ensaiado um retorno pelo pensamento neoliberal) - funda-se essencialmente no indivíduo, encarado como sujeito de direitos, detentor de vontade livre (que celebra contratos e faz circular a riqueza), colocando em segundo plano os laços de solidariedade e os interesses comuns compartilhados pelas pessoas no meio social. No entanto, preocupa-se apenas em garantir a igualdade perante a lei (formal), fechando os olhos para a igualdade material, para os constrangimentos de fato à autonomia individual que decorriam da hipossuficiência econômica e da desigualdade de poder. A esfera privada, dentro da qual se inseriam as relações econômicas, tão importantes para a sociedade liberal burguesa, era considerada prioritária em relação à pública; o espaço das relações privadas era regido pela "ordem espontânea" representada pelo mercado, enquanto o espaço público, que deveria ser o menor possível (pois ameaçava a liberdade), era construído por uma "ordem artificial" representado pela intervenção estatal. Como exposto no item anterior, os direitos fundamentais eram vistos como meros direitos de defesa em face do poder público. O Estado era mínimo, porque ele próprio constituía uma ameaça à liberdade e seu papel era o de se abster de interferir nos direitos dos indivíduos e não o de promovê-los - reforçando, pois, a igualdade apenas formal, recusando qualquer pretensão da utilização do direito para fins redistributivos. A doutrina individualista, pois, traz uma concepção que, por óbvio, não se coaduna com a atual ordem constitucional - de fato, como Daniel Sarmento destaca, a Constituição de 1988 traz diversas características que permitem enquadrá-la como uma típica Constituição Social (em antagonismo à doutrina individualista): cita dentre seus objetivos "construir uma sociedade livre, justa e solidária" e "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (artigo 3º, I e III), prevê largo rol de direitos sociais (artigo 6º a 11), condiciona a proteção da propriedade ao cumprimento de sua função social (artigo 5º, XXIII e artigo 170, II), traz como objetivo da ordem econômica "assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social" (artigo 170, caput) e em seguida prevê vários princípios que temperam com ideais solidaristas os valores liberais que também acolhe. Arremata o autor que, na Constituição de 1988: (i) a igualdade é uma meta a ser perseguida pelo Estado, justificadora de políticas públicas de cunho redistributivo; (ii) a

endossa a ideia de que o Estado seja adversário dos direitos fundamentais. De fato, a teoria personalista considera que, ainda que continue sendo necessário proteger os indivíduos dos arbítrios estatais, os poderes públicos são responsáveis pela promoção e pela defesa dos direitos fundamentais, admitindo-se, por isso, uma certa ingerência estatal não impositiva na matéria, realizada com total respeito à liberdade e à privacidade individuais, reconhecendo que caberá sempre às próprias pessoas elegerem seus objetivos e planos de vida, competindo ao Estado apenas o papel de auxiliar na criação de condições suficientes para que cada um realize livremente suas escolhas e possa agir de acordo com elas (ou seja, ao Estado não cabe orientar essas escolhas ao que parece mais conforme aos "valores sociais" ou aos interesses gerais da coletividade - daí a grande diferença entre o personalismo e o organicismo). Logo, tampouco a doutrina personalista permite atribuir a primazia incondicionada dos direitos individuais em detrimento dos interesses da coletividade ou vice-versa.¹¹⁰

solidariedade é um princípio constitucional capaz de gerar direitos e obrigações, inclusive na esfera privada e de fundamentar restrições proporcionais às liberdades individuais; (iii) a liberdade é um objetivo cuja prossecução depende, na prática, da garantia para os excluídos, das condições materiais de liberdades ("mínimo existencial"), ampliada pelo reconhecimento de que a pessoa humana deve ser livre não apenas da opressão exercida pelo Estado, mas também daquela opressão proveniente das múltiplas instâncias da sociedade (e que a intervenção estatal nestas instâncias dá-se muitas vezes em favor da liberdade e não contra ela).

¹¹⁰ *Ibid.* Como já exposto, na maior parte dos casos isso sequer é necessário, pois existe uma convergência entre os direitos fundamentais e os interesses públicos, uma vez que a garantia daqueles, em regra, favorece (e não prejudica) o bem-estar geral. Além disso, o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais eleva os valores protegidos por eles a valores centrais da sociedade, de forma que a garantia desses direitos fundamentais é de inegável interesse público (especialmente para um Estado cuja principal missão seja protegê-los e promovê-los). No entanto, ainda assim, podem ocorrer conflitos entre os interesses públicos e os direitos fundamentais, uma vez que os direitos fundamentais valem independentemente dos ganhos que possam trazer à sociedade em geral (já que não configuram meros meios de promoção do interesse público) e embora a sua promoção seja de interesse público, existem interesses públicos cuja prossecução não corresponde a nenhum tipo de direito fundamental. É cediço que a previsão constitucional com proteção reforçada dos direitos fundamentais constitui limite para as decisões possíveis no âmbito do processo político (em nome da dignidade da pessoa humana), vinculando o legislador e a Administração Pública aos direitos fundamentais, os quais não devem ser sacrificados por qualquer concepção majoritária sobre o que constitua, em cada momento, o interesse público. No entanto, por outro lado, também tem relevância a discussão sobre os direitos fundamentais possuírem ou não prevalência integral e absoluta sobre outros bens jurídicos, mesmo aqueles revestidos de estrutura constitucional, não importa em que contexto fático. Quanto ao ponto, a conclusão é que afastar a possibilidade de ponderação entre direitos fundamentais e interesses coletivos - estabelecendo-se qualquer hipótese de prevalência abstrata - não se coaduna com a concepção antropológica personalista que ampara as constituições sociais. Esse, no entanto, não parece ser exatamente o entendimento de Paulo Otero (**Manual de direito administrativo**, p. 309 a 316) - ao que parece, o autor entende que a concepção personalista da Administração, fundamentada em uma ordem jurídica baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, autoriza o reconhecimento da primazia dessa dignidade humana (ou ao menos de seu núcleo essencial) sobre a prossecução do interesse público. Segundo o autor, inicialmente é preciso se ter em mente que a satisfação das necessidades coletivas pela Administração Pública pode se dar à luz de três concepções diversas: (i) concepção de matriz totalitária, segundo a qual existe prevalência absoluta da prossecução do interesse público, justificando o sacrifício de quaisquer posições jurídicas subjetivas; (ii) concepção compromissória, que busca a harmonização entre a prossecução do interesse público e o respeito pelas posições jurídicas subjetivas dos administrados; e (iii) concepção

A quarta crítica ao princípio da supremacia do interesse público se refere à *indeterminabilidade do conteúdo do "interesse público" e a possível arbitrariedade em sua definição apriorística pela Administração (iv)*.

À partida, alerta-se que, em razão da indeterminabilidade do conceito, a Administração Pública acabou ficando em condições de se apropriar da determinação do interesse público que ela mesma virá a efetivar. De fato, se originariamente se entendia que a supremacia do interesse público derivava do princípio da legalidade (já que na clássica doutrina de separação de poderes, incumbia ao legislador determinar o interesse público a ser realizado pelo administrador, o qual apenas devia cumprir a lei, sem espaço para discussão, escolha ou ponderação), a situação se altera nas últimas décadas do século XX - em razão da já analisada *crise da lei formal* e do reconhecimento de que o atuar administrativo se vincula a todo o Direito (juridicidade), confere-se à Administração um vasto espaço de atividade regulamentadora com ampla possibilidade de definir interesses públicos secundários. Além disso, a dificuldade de a lei atingir todos os aspectos da sociedade contemporânea, que é altamente complexa, também amplia a possibilidade de fixação do interesse público pela própria Administração. E, ainda que se determinasse a eventual preponderância apenas do interesse público definido em lei, o uso de conceitos jurídicos indeterminados e de definições pouco precisas para indicar o interesse público também legariam à Administração a definição final do conceito, no momento de sua aplicação concreta. Dessa forma, ao invés de se limitar ao desenvolvimento de meios para realização do interesse público, a Administração passou a definir o seu conteúdo, fazendo com que reapareça a possibilidade de arbítrio que o princípio da legalidade buscava combater e, por consequência, tornando difícil de se sustentar a supremacia do interesse público, por ser

personalista, que preconiza a prevalência absoluta do núcleo essencial da pessoa humana sobre qualquer prossecução do interesse público. No âmbito português, o autor defende que a concepção personalista da Administração Pública pode ser reconhecida a partir da interpretação do artigo 266º, nº 1 da Constituição portuguesa dentro do contexto do primado da dignidade da pessoa humana, garantido em seu artigo 1º, alicerçando-se em duas ideias estruturais: (i) o respeito da dignidade humana de cada pessoa viva e concreta é um postulado que nunca pode ceder perante a prossecução do interesse público; e (ii) a prossecução do interesse público encontra na dignidade da pessoa humana o seu fundamento e o seu limite de relevância constitucional. Noutras palavras, a concepção personalista, que desloca a essência do fenómeno constitucional do Estado para a pessoa também descentra a ideia de prossecução do interesse público para a pessoa humana e sua dignidade o propósito central do bem comum e do agir da Administração Pública (de forma que a pessoa humana tem primado sobre as necessidades coletivas e materiais da sociedade, nela residindo o fundamento da Constituição e o alicerce de sua permanente e renovada legitimidade). Assim, a Administração Pública, enquanto instituição social e jurídica, encontra em cada ser humano vivo e concreto o sujeito e o fim de sua atividade: (i) é em função da pessoa humana e de sua dignidade inalienável que o interesse público existe e deve ser prosseguido; (ii) não há, nem pode existir, interesse público ou bem comum contra a dignidade da pessoa humana; (iii) o respeito pela dignidade humana é o parâmetro da relevância jurídica do interesse público ou do bem comum; (iv) a garantia e proteção da dignidade humana não postulam apenas respeito pela juridicidade, exigem também eficiência da gestão administrativa.

esse, ao fim, um interesse arbitrariamente determinado pela própria Administração a quem incumbe alcançá-lo.¹¹¹

Ademais, a aceitação da supremacia do interesse público como um dogma do direito administrativo também é questionável inclusive porque o conteúdo desse interesse público não é estático - especialmente a partir do Estado Providência, em que há forte ingerência estatal na vida da sociedade, não é clara a delimitação entre o interesse público e as demais categorias de interesses. Na verdade, sequer há uniformidade de entendimento quanto aos elementos que formam o interesse público, o que também dificulta a afirmação de sua supremacia.¹¹²

Por fim, a aplicação de um princípio da supremacia do interesse público - considerando a complexidade do conceito - também traz o risco de déficit de motivação das decisões administrativas e judiciais que nele se fundamentam, que muitas vezes tomam o conceito de interesse público como clarividente ou como algo da ordem das pré-compreensões, ignorando sua complexidade e a dificuldade de se resolver a questão pela simples delimitação conceitual. E se a complexidade em torno do conceito de interesse público já recomenda cautela em sua interpretação, com muito mais razão e força, uma regra que pretende estabelecer, aprioristicamente, prevalência entre os interesses, como ocorre com a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.¹¹³

Outro entrave para o reconhecimento da supremacia do interesse público seria a *inexistência de um interesse público unitário (v)*. Como efeito, como regime de direito administrativo abarca uma pluralidade de interesses igualmente considerados como públicos, a afirmação de que o conflito de interesses é solucionado pela prevalência *do* interesse

¹¹¹ BAPTISTA, **Transformações do direito administrativo**, p. 135 a 139.

¹¹² *Ibid.*, p. 141 e 142. Salomão Abdo Aziz Ismail Filho (Interesse público, interesses sociais e parâmetros de prossecução no Estado social e democrático brasileiro, **Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)**, nº 2, p. 1143 a 1166, 2014) alerta que o alto grau de abstração do conceito de interesse público dificulta, inclusive, verificar-se na prática se determinada ação administrativa foi ou não praticada em benefício da coletividade, "pois determinadas opções administrativas podem, em verdade, ocultar meras pretensões eleitorais do governante ou mesmo o intuito de beneficiar ou prejudicar determinadas pessoas a bem de determinados interesses particulares, estranhos à Administração." Marçal Justen Filho (**Curso de direito administrativo, ebook**) segue no mesmo sentido quanto a considerar que a ausência do conteúdo do interesse público é uma das objeções ao reconhecimento do princípio da supremacia do interesse público, acrescentando ainda que a doutrina costuma invocar o "interesse público" sem defini-lo ou ao menos apresentar um conceito mais preciso, o que configura um sério problema, já que a indeterminação dos critérios de validade dos atos governamentais dificulta seu controle. No mesmo sentido, CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; PFLEGER, Lilian, A supremacia do interesse público na ordem constitucional brasileira, **Revista Jus Navigandi**, n. 3354, ano 18, 2013, assim resumem: "Afirma-se, desta forma, que o princípio da supremacia do interesse público abriria possibilidades para abusos e arbitrariedades, por conferir uma discricionariedade exagerada e por seu caráter vago e indeterminado, pondo os direitos fundamentais à disposição dos Poderes Públicos e sacrificando-os em nome de interesses da coletividade, que muitas vezes não possuem estatuta constitucional."

¹¹³ PEREIRA, Flávio Henrique Unes, A supremacia do interesse público sobre o interesse privado: superação ou releitura, **Revista CEJ**, v. n. 65, ano XIX, p. 32–37, 2015.

público configura uma simplificação que impede a compreensão perfeita da realidade, uma vez que pode haver conflito entre mais de um interesse público. Ademais, a consideração do interesse público como diversos interesses em conflito (público e privado) acaba por inutilizar o postulado da supremacia (e da indisponibilidade) do interesse público uma vez que, para se chegar a essa solução, será necessário se definir qual dos interesses deverá prevalecer antes de se identificar o interesse público e essa escolha, por óbvio, não poderá ser orientada nem pela supremacia nem pela indisponibilidade do interesse público, já que o interesse público somente surgirá como resultado da composição do conflito entre os diversos interesses.¹¹⁴

Por fim, a última crítica diz respeito à *impossibilidade de se afastar direitos subjetivos por simples interesses (vi)*¹¹⁵. O ordenamento jurídico assegura uma proteção jurídica reforçada, intensa ao direito subjetivo (inclusive com proteção constitucional do direito adquirido, o qual não pode ser restringido, eliminado ou modificado nem mesmo por lei posterior, segundo o artigo 5º, XXXVI¹¹⁶), promovendo, pois, a sua tutela frente aos interesses que lhes forem contrapostos. Sendo assim, a existência de um direito subjetivo reconhecido a um particular equivale à sua prevalência em face de outros interesses, sejam eles públicos ou privados. Dessa forma, não é possível se defender que um interesse prevaleça, pura e simplesmente, sobre um direito subjetivo, já que, como exposto, a existência do direito subjetivo demonstra uma escolha realizada pela ordem jurídica no sentido de proteger de forma mais intensa uma determinada situação jurídica. Logo, apenas será possível limitar direitos subjetivos em razão de conflito com interesse público se assim estiver previsto e determinado no ordenamento jurídico - Marçal Justen Filho defende inclusive que a simples conveniência do Estado não é capaz de eliminar um direito subjetivo privado, de forma que a garantia constitucional ao direito subjetivo é oponível não só à lei, mas também ao ato administrativo.¹¹⁷

¹¹⁴ JUSTEN FILHO, **Curso de direito administrativo**, ebook.

¹¹⁵ *Ibid.* O autor relembra que a distinção entre direito subjetivo e interesse jurídico foi desenvolvida na teoria geral do direito privado, especificamente envolvendo as divergências entre Windscheid e Jhering - o embate entre a teoria da vontade e a teoria do interesse -, as quais foram superadas em virtude do reconhecimento da supremacia do direito objetivo face ao direito subjetivo. Reconheceu-se que toda posição jurídica subjetiva deriva de uma norma jurídica. Essas posições jurídicas subjetivas têm conteúdo e efeitos diversos, podendo, em alguns casos, configurar um direito subjetivo, o que ocorre quando o ordenamento jurídico atribui a um ou mais sujeitos a possibilidade de exigir uma conduta específica (um fazer ou uma abstenção) relativamente a um ou mais sujeitos. Já o interesse consiste em uma posição produzida pela ordem jurídica, mas que não envolve a atribuição de dever de algum sujeito realizar uma prestação específica em benefício de outrem; traduz, pois, uma relação de conveniência e adequação que deriva reflexamente da disciplina normativa.

¹¹⁶ Valendo lembrar, ademais, que, como destaca André Ramos Tavares (**Curso de direito constitucional**, p. 508), os direitos fundamentais exercem função de atribuição de direitos subjetivos aos seus titulares, embora nem todo direito subjetivo tenha status de direito fundamental.

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, **Curso de direito administrativo**, ebook. Segundo o autor, sequer seria possível se defender que um direito subjetivo público prevaleceria sobre um direito subjetivo privado - isso

No entanto, ressalte-se que da crítica ao princípio da supremacia do interesse público não decorre, necessariamente, o questionamento sobre a existência de um princípio constitucional implícito de tutela do interesse público (uma espécie de conjunto de interesses gerais que a sociedade encarrega o Estado de satisfazer, formado por um misto de interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares)¹¹⁸ e sobre a existência de um regime jurídico de Direito Administrativo, que poderia se sustentar nesse princípio. O que se rechaça é a existência de uma regra que determine, prévia e abstratamente, a supremacia do interesse público sobre o particular - não se pode esquecer, aliás, que a equivocada compreensão do princípio da supremacia do interesse público como um princípio geral do direito administrativo tem permitido que tal princípio funcione como uma verdadeira cláusula geral de restrição dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, descuidando de seus limites e distorcendo todo o regime constitucional dos direitos fundamentais.¹¹⁹

Afastada a existência de um princípio da supremacia do interesse público, a solução apresentada pela doutrina crítica é que seja realizado juízo de ponderação no caso concreto - ou seja, naqueles casos em que a Constituição ou a lei (nos limites autorizados pela Constituição) não tiverem esgotado as soluções possíveis dos conflitos entre interesses públicos e privados, caberá à Administração utilizar a ponderação como método de decisão administrativa, considerando todos os atores e interesses envolvidos na questão¹²⁰, observada a regra da proporcionalidade¹²¹. O motivo disso é que o raciocínio de ponderação entre um interesse de índole difusa e um interesse particular juridicamente protegido, realizado à luz das peculiaridades do caso concreto e dos valores constitucionais

porque a existência de um direito subjetivo privado significa que a ordem jurídica conferiu proteção reforçada àquele interesse, o que não é afastado pela criação de um direito subjetivo público (exceto se houve determinação nesse sentido na ordem jurídica). Da mesma forma ocorre se o conflito se der entre interesses público e privado contrapostos que não gozem da proteção jurídica reforçada dos direitos subjetivos - também neste caso não é possível se definir *a priori* a prevalência do interesse público, pois ela só deverá acontecer se tal decisão for a mais conforme e adequada ao ordenamento jurídico.

¹¹⁸ BINENBOJM, **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, p. 107.

¹¹⁹ SCHIER, Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. Nas palavras do autor: "(...) a assunção prática da supremacia do interesse público sobre o privado como cláusula geral de restrição de direitos fundamentais tem possibilitado a emergência de uma política autoritária de realização constitucional, onde os direitos, liberdades e garantias fundamentais devem, sempre e sempre, ceder aos reclames do Estado que, qual Midas, transforma em interesse público tudo aquilo que é tomado."

¹²⁰ BINENBOJM, **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, p. 107.

¹²¹ SARMENTO, Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. O autor destaca a importância do emprego da proporcionalidade para a otimização da proteção dos bens jurídicos em confronto, evitando o sacrifício desnecessário ou exagerado de um deles em proveito da tutela do outro - por objetivar uma solução que retrate uma justa e adequada proporção entre os interesses em conflito, reclama ponderações minuciosas, devidamente motivadas e que considerem as especificidades do caso concreto.

concorrentes, deverá encontrar solução ótima que realize ao máximo cada um dos interesses em jogo¹²² - como resultado, se alcançaria o "melhor interesse público", ou seja, ao fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública.¹²³ Dessa forma, a solução de tais conflitos deve se afastar de parâmetros fixos de preferência e criar *standards* de decisão que permitam flexibilizar as decisões administrativas de acordo com o caso concreto mas que também evitem situações de insegurança jurídica que poderiam ser criadas por juízos de ponderação sempre produzidos caso a caso.

2.4. O que dizem as vozes que não fazem coro ao *requiem*

No entanto, parte da doutrina brasileira continua defendendo a sobrevivência do princípio da supremacia do interesse público, sob a justificativa de que ele é essencial para a manutenção da coesão da sociedade e de que basta uma releitura sob viés constitucional para adequá-lo ao Estado Democrático de Direito.

Os principais argumentos apresentados para rebater a doutrina crítica são que: (i) a doutrina crítica parte de um conceito equivocado de interesse público, por isso sua concepção de supremacia também é equivocada; (ii) o interesse público é um conceito jurídico indeterminado e não "indeterminável"; (iii) o interesse público constitui o próprio fim do Estado, sendo o princípio da supremacia um instrumento essencial para atingir essa finalidade; (iv) a supremacia do interesse público não ataca, mas protege os direitos

¹²² Segundo Patrícia Baptista (**Transformações do direito administrativo**, p. 145), a supremacia do interesse público dá lugar à máxima realização dos interesses envolvidos como fundamento e como fim da atividade administrativa. A autora afirma ainda que como o interesse público legalizado não é, por essência, superior aos demais, ele deverá concorrer com as outras categorias de interesses para formar a vontade administrativa - assim, a pluralidade de interesses existentes na sociedade irá convergir para a formação de um novo interesse público (diferente daquele fixado pelo legislador, uma grandeza autônoma, pluralista).

¹²³ BINENBOJM, **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, p. 108. Odete Medauar (**Direito administrativo moderno**, p. 128) também assevera que se mostra pertinente à Constituição de 1988 a ideia de que à Administração cabe realizar a ponderação de interesses para que nenhum deles seja sacrificado *a priori*, mas, ao contrário, sejam conciliados (com minimização dos sacrifícios). E acrescenta que o "princípio" da supremacia do interesse público já "não vem indicado na maioria maciça das obras doutrinárias contemporâneas". Por exemplo: no direito estrangeiro, v. Jacqueline Morand-Deville, *Cours de droit administratif*, 15. ed., 2017, p. 333-338; Sabino Cassese, *Il diritto amministrativo e suoi principi*, in Sabino Cassese (Org.), *Istituzioni di diritto amministrativo*, 2004, p. 1-15; Elio Casetta, *Compendio di diritto amministrativo*, 11. ed., 2011, p. 18-35; João Caupers, *Introdução do direito administrativo*, 8. ed., 2005, p. 66-86; Juan Carlos Cassagne, *Curso de derecho administrativo*, 10. ed., p. 166-167, v. I; no direito brasileiro, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 16. ed., 2014, p. 81-118; Alexandre dos Santos Aragão, *Curso de direito administrativo*, 2012 (que usa o termo superado para tal "princípio"); Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, 11. ed., 2015, p. 132-140 (que o menciona para refutá-lo como princípio do direito administrativo relacionado ao chamado "regime jurídico de direito administrativo"). Em outra obra (**O direito administrativo em evolução**, p. 372), tratando do mesmo tema, a autora relembra que essa moderna propensão administrativa à ponderação de interesses é inclusive a razão da expansão de medidas como acordos, negociação, mediação e arbitragem no âmbito da Administração Pública.

fundamentais; (v) o princípio da supremacia é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro: é um princípio de direito administrativo e protege o bem comum e os valores constitucionais. Passa-se a apresentá-los.

O primeiro argumento diz respeito a uma questão de fundo, de que *a doutrina crítica estaria supostamente adotando uma noção equivocada de interesse público (i)* - o conceito de interesse público oitocentista, ao invés da noção moderna¹²⁴ -, o que leva à compreensão do princípio da supremacia do interesse público de forma não adequada e não condizente com o Estado Democrático de Direito. De fato, defende-se que a noção de interesse público é variável no tempo e no espaço e se adapta de acordo com a época e o lugar, de forma que, se no Estado Liberal burguês, como visto, a noção de interesse público estava ligada aos direitos de matriz liberal (entendidos como proteções contra as arbitrariedades do Estado) e ao desenvolvimento dos interesses privados, a transição para o Estado Social fez com que fosse abandonada a ideia de interesse público individualista para se emergir uma noção de interesse público mais aproximada de bem comum, com conformação social, voltado à realização de fins coletivos ligados ao bem-estar geral. Considerando a distinção proposta por Bandeira de Mello entre o interesse relativo às conveniências de cada cidadão quanto aos assuntos de sua vida particular e o interesse do indivíduo enquanto membro da coletividade (ou o aspecto público de seu interesse particular), seria possível se afirmar que, no liberalismo do século XVIII, apenas a primeira categoria de interesses era levada em consideração e identificada como vontade geral; entretanto, modernamente, é a segunda concepção de interesses, que leva em conta o bem-estar de cada um sob a ótica de sua participação na sociedade, que se reconhece como legítimo interesse público e, por consequência, fundamenta a ideia de supremacia do interesse público.¹²⁵

Nessa toada, a tutela do interesse público equivaleria à salvaguarda dos valores plasmados na Constituição e, por corolário, dos direitos fundamentais - e, sendo assim, a supremacia do interesse público significaria a supremacia desses valores, o que seria plenamente compatível com o Estado Democrático de Direito e com o regime jurídico dos

¹²⁴ Ressalte-se que há ainda uma outra discordância de parte da doutrina quanto à concepção de interesse público adotada pela doutrina crítica, que aparentemente dissocia ou afasta a acepção de interesse público (quando se pensa na supremacia do interesse público) da ideia de bem comum. Veja-se: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas, *in*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.), **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**, São Paulo: Atlas, 2010, p. 67-84. O autor aponta que a doutrina crítica realmente parece pretender dissociar a ideia de interesse público e de bem comum, o que lhe parece uma espécie de sofisma, já que: (i) além de se tratar de distinção inócua, isso não retrata a realidade natural dos pensadores; (ii) é claro que o sentido de interesse público tem por lastro o interesse da coletividade e o grande interesse desta é seu próprio bem, logo, o bem comum; (iii) é o bem comum que o Estado se propõe a oferecer, e o faz exatamente por ser o interesse público.

¹²⁵ GABARDO; HACHEM, O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica.

direitos fundamentais a ele inerente, inclusive por reforçar a imperatividade da observância da Constituição pelo Estado.¹²⁶

O segundo argumento em contraposição à doutrina crítica é que *o fato de o interesse público ser, em si, um conceito jurídico indeterminado não impede sua aplicação (ii)*, uma vez que isso não quer dizer que o conceito seja de todo indeterminado.

À partida, o argumento demanda uma breve análise sobre os conceitos jurídicos indeterminados. Bandeira de Mello defende que um conceito plurissignificativo, ainda que fluido, tem algum significado mínimo indiscutível, de onde se poderia tirar uma zona de certeza positiva (em que não haveria dúvida do cabimento da hipótese) e uma zona de certeza negativa (em que não haveria dúvida do seu não cabimento) e que a incerteza só ocorreria no intervalo entre elas.¹²⁷ Trata-se de entendimento aproximado ao que se encontra na clássica doutrina espanhola - García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, em suma, entendem que a lei se utiliza desse recurso de conceitos indeterminados para poder alcançar realidades que não admitem outro tipo de determinação mais precisa, e Sainz Moreno considera que todo conceito possui um núcleo, que é sua zona de certeza, e um halo, que é a sua borda, que o ladeia, na qual não há certeza prévia e há necessidade de densificação do conteúdo, que podem ser resumidas nos seguintes *topoi*: (i) existe uma zona de certeza positiva, na qual não há dúvida do cabimento do conceito jurídico indeterminado; (ii) existe uma zona de certeza negativa, na qual não há dúvida sobre o não cabimento do conceito; (iii) existe uma zona intermediária ou cinzenta em que a definição do conceito se apresenta

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Ressalte-se que, no Brasil, o tema gerou alguma controvérsia, colocando-se, de um lado, a ideia da indeterminabilidade dos termos e, de outro, a ideia da indeterminabilidade dos conceitos: (i) Eros Roberto Grau (**Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**, 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 238 a 240) que defende que, diante de uma expressão imprecisa, vaga, o jurista deve ter ciência de que a imprecisão não é do conceito, da ideia, mas sim da expressão, da linguagem (tanto que prefira aludir a termos indeterminados de conceitos a conceitos indeterminados), assim, quando estiver diante de um conceito fluido, o jurista deverá completá-lo com dados extraídos da realidade, inclusive considerando as concepções políticas preponderantes naquela realidade, para aclarar o conteúdo jurídico do conceito; já (ii) Celso Antônio Bandeira de Mello (**Curso de direito administrativo**, p. 994 a 997) entende que a fluidez ou a indeterminação estão no conceito e não na palavra que o rotula; e que, como exposto, ainda que vagos ou fluídos, os conceitos plurissignificativos têm algum significado mínimo indiscutível, de onde se poderia tirar uma zona de certeza positiva e uma zona de certeza negativa, de forma que a incerteza só ocorreria no intervalo entre elas - veja-se o seguinte trecho: "ao respeito deste tópico dos conceitos fluídos, diga-se, de passagem, que, surpreendentemente, houve quem, neste século, pretendesse que a fluidez é das palavras e não dos conceitos. Sendo universalmente sabido que as palavras são simples rótulos sobrepostos a objetos de pensamento, é de meridiana obviedade que elas não possuem, em si mesmas, outra densidade que não (por via indireta) a do objeto a que se reportam; logo, só podem ser vagas ou imprecisas se vago ou impreciso for o conceito que recobrem, assim como só podem ser precisas se preciso for o conceito recoberto, visto que elas próprias, as palavras, nada aportam ao objeto rotulado. Por isto, o tema em foco é tratado pela doutrina de todos os países do mundo como referente a conceitos 'vagos', 'imprecisos', 'elásticos', 'fluídos', 'indeterminados', 'práticos', em oposição aos conceitos 'teóricos', 'precisos', 'determinados' - e não como referente a palavras 'vagas', 'fluidas' etc., em oposição a palavras precisas."

imprecisa, necessitando, assim de uma valoração subjetiva. Nas zonas de certeza positiva ou negativa, o agente estará vinculado, pois não estará autorizado a fazer qualquer intelecção que se distancie do senso comum. Já nas zonas intermediárias, caso a autoridade administrativa realize a atividade interpretativa e, ainda assim, chegue a várias soluções igualmente válidas perante o direito, a definição é feita por meio de critérios administrativos, havendo, portanto, espaço para discricionariedade.¹²⁸

Tudo para demonstrar que o conceito de interesse público, seria, pois, um conceito jurídico indeterminado, mas *determinável*. De fato, seria possível se localizar algumas balizas do que seja interesse público por meio de sua zona de certeza negativa (ou seja, o que definitivamente não é interesse público) e de algumas indicações sobre sua zona de certeza positiva. Quanto à zona intermediária, haveria, pois, possibilidade de sua definição no caso concreto, por meio de critérios administrativos.¹²⁹ Além disso, como argumento adicional para se afastar a crítica quanto à indeterminabilidade do conceito, atualmente existe toda uma doutrina sobre os conceitos jurídicos indeterminados, que norteia sua interpretação e aplicação para permitir sua melhor definição e ampliar as possibilidades de controle judicial dos atos administrativos, havendo, inclusive, inúmeros outros princípios constitucionais cujo conceito é indeterminado (como a moralidade, a eficiência, a segurança jurídica), o que não impede sua aplicação¹³⁰, razão pela qual tal fato também não deveria impedir a existência da supremacia do interesse público.

Maria Sylvia Zanella di Pietro defende inclusive que o conceito de interesse público tem diferentes graus de indeterminação: (i) quando se considera interesse público como

¹²⁸ RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves, Interesse público: um conceito jurídico determinável, in: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.), **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**, São Paulo: Atlas, 2010, p. 103–119.

¹²⁹ *Ibid.* O autor entende que o interesse público pode ser até mais bem tratado como "tipo" e não como "conceito" - segundo a teoria dos tipos de Carl Gustav Jung, conceito é algo descritivo, certo, determinável de plano, enquanto os tipos são noções-quadro. O interesse público, assim, seria uma noção-quadro: embora inicialmente e em abstrato não seja possível se afirmar de forma direta o seu conteúdo, é possível, sem grandes dificuldades, chegar-se a um consenso do que não é, e, com o complemento dado pela situação posta, ao que, naquele caso, é o interesse público. Em sentido aproximado, Irene Patrícia Nohara (Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo) aduz que: (...) apesar de ser um conceito oco que pode ser preenchido por variados conteúdos a depender de um consenso político, isso não quer dizer que não haja uma estrutura de conceito (mesmo que indeterminada) que evidencie situações argumentativas nas quais se possa ao menos excluir determinadas interpretações inadequadas do seu âmbito de delimitação de sentido. Note-se que, paradoxalmente, é essa mesma estrutura oca de sentido do conceito de interesse público, baseada na textura aberta da linguagem, que faz com que a utilidade da categoria sobreviva à mutabilidade fática dos interesses coletivos. Entretanto, defender-se-á que a abstração nunca deve deixar de ser cotejada com a discussão acerca do real conteúdo dos interesses públicos protegidos em cada caso concreto, sob pena de se transformar em fator de afastamento do consenso social."

¹³⁰ Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho (Interesse público: verdades e sofismas) defende que a possibilidade de valoração mutável dentro dos parâmetros da norma não invalida conceitos jurídicos indeterminados como moralidade, ordem pública, razoabilidade e, por consequência, também não invalida o conceito de interesse público.

sinônimo de bem comum (fim do Estado), a indeterminação atinge seu grau mais elevado; (ii) quando o interesse público é considerado nos diferentes ramos do direito ou nos diferentes setores de atuação do Estado, essa indeterminação diminui, uma vez que já existe norte para a delimitação de seu conteúdo; seja em razão dos valores específicos protegidos por cada ramo do direito, seja em razão de cada setor de atuação do Estado contar com um interesse público delimitado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional; (iii) quando o interesse público é considerado com relação a determinados institutos, a sua indeterminação ainda se restringe mais, uma vez que ele pode ser retirado, inclusive, da razão de existir daqueles institutos. Ou seja, segundo a autora, a determinabilidade do interesse público vai aumentando de acordo com a especificidade da análise (se é geral, o interesse público é mais indeterminado, mas se é possível verificar a situação de forma mais concreta e específica o interesse público vai se delineando ou se determinando). Daí, por ser um conceito determinável, a pretensa indeterminabilidade do interesse público não seria suficiente para afastar a subsistência do princípio da supremacia.¹³¹

O terceiro argumento contrário à crítica é que *a defesa do interesse público constitui o próprio fim do Estado e que o princípio da supremacia é essencial para atingir essa finalidade (iii)*. De fato, o interesse público está na base das funções estatais, integrando o conceito de todas as principais atividades que compõem a função administrativa¹³² - defender o interesse público corresponde, pois, ao próprio fim do Estado, que tem que atuar para favorecer o bem-estar social, fazendo prevalecer o interesse público em detrimento do individual *nas hipóteses acobertadas pelo ordenamento jurídico*. Mas, além disso, o princípio da supremacia seria o responsável por garantir à Administração Pública as prerrogativas e

¹³¹ DI PIETRO, O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. No entanto, adverte a autora que sua aplicação não é deixada inteiramente à mercê da Administração Pública, mas sim que deve ser realizada em consonância com os demais princípios administrativos, especialmente com o princípio da legalidade, devendo se ter em mente que há interesses públicos que merecem proteção estatal mesmo em detrimento de interesses individuais e que quem indica quais são eles é o próprio ordenamento jurídico.

¹³² *Ibid.* A autora especifica que o interesse público é subjacente às noções: (i) de *serviço público*, que é qualificado de público tanto porque é de titularidade do Estado quanto porque é prestado para atender as necessidades coletivas essenciais (ou seja, o interesse público); (ii) de *fomento*, incentivo estatal à iniciativa privada por se entender que a atividade que o particular está desenvolvendo atende a necessidades coletivas, paralelamente ao Estado (ou seja, atende ao interesse público); (iii) de *poder de polícia* e de *intervenção indireta no domínio econômico* (uma espécie de poder de polícia exercido na área econômica), atividades por meio das quais o Estado impõe restrições ao exercício de direitos individuais para beneficiar os interesses da coletividade - a própria intervenção direta do Estado no domínio econômico se faz, nos termos do artigo 173 da Constituição brasileira, para proteger a segurança nacional ou *relevante interesse coletivo* (de forma que, nesse caso, é a própria Constituição que dá fundamento para que o interesse público de natureza econômica prevaleça sobre o particular); e (iv) de *regulação*, seja ela de natureza econômica, quando se busca estabelecer regras para garantir o funcionamento equilibrado da atividade econômica de acordo com determinados objetivos públicos, ou de natureza social, em que há a fixação de regras de conduta e controle nas mais diversas áreas (saúde, ensino, assistência etc) com o objetivo de organizar aspectos da vida social também para proteger o interesse público.

os privilégios necessários para a defesa do interesse público - de onde se pode retirar que, sem ele, o Estado não estaria suficientemente apto a cumprir seus fins.¹³³

O quarto argumento contrário à teoria crítica é que *a supremacia do interesse público não ataca, mas antes protege os direitos fundamentais (iv)*. À partida, argumenta-se que o princípio da supremacia do interesse público sempre foi aplicado de acordo com critérios de razoabilidade: tanto para equilibrar as prerrogativas da Administração e os direitos fundamentais quanto para interpretar o conceito jurídico indeterminado "interesse público" (assim como ocorre com qualquer outro conceito jurídico indeterminado), razão pela qual a supremacia do interesse público não representa uma ameaça aos direitos fundamentais.¹³⁴ Ademais, o princípio da supremacia do interesse público só pode ser interpretado dentro do contexto do regime jurídico-administrativo, ou seja, em consonância com a indisponibilidade do interesse público e considerando o necessário equilíbrio entre prerrogativas e sujeições do Estado. Assim os poderes estatais só poderão ser exercitados na exata medida de satisfação dos deveres que competem à Administração (referentes à prossecução do interesse público e à concretização do bem comum), de forma que qualquer interpretação que permita ao Poder Público extrapolar esses limites em detrimento de direitos e interesses particulares, sob o manto de supremacia do interesse público, está sujeita ao controle jurisdicional com fundamento nos princípios da legalidade e da finalidade, ambos decorrentes do princípio da indisponibilidade do interesse público.¹³⁵

¹³³ José dos Santos Carvalho Filho (Interesse público: verdades e sofismas) segue em sentido bem aproximado, destacando que o fim último do Estado é o interesse público - dessa forma, em cada atuação estatal é possível se averiguar o elemento teleológico da Administração e, com isso, verificar a legalidade ou arbitrariedade do ato. Não por outra razão, argumenta, é que a finalidade é um elemento vinculado do ato administrativo (discricionário ou regrado), pois o interesse público é necessário à legitimidade do ato. Assim, o princípio da supremacia do interesse público decorre da natureza desse tipo de interesse, pois não seria possível ao Estado realizar a organização social se as demandas sociais não preponderassem sobre as individuais. Na mesma linha, Irene Patrícia Nohara (Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo) defende que a existência do Estado se justifica porque ele atua na consecução de interesses públicos primários e se ele não possuir o poder de impor com coercitividade condutas compatíveis com os fins sociais, vai acabar servindo somente para atender interesses particulares. Assim, entende a autora que a desconstrução do sentido da supremacia do interesse público pode aniquilar o papel do Estado como promotor do bem-estar comum.

¹³⁴ DI PIETRO, O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. No mesmo sentido, Irene Patrícia Nohara (Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo) assevera: "Esse 'frenesi' de contestação dos pressupostos do Direito Administrativo não pode ignorar que a doutrina sempre evidenciou que a disciplina, que tem por paradigma fundamental a supremacia do interesse público, justamente por ser integrante do ramo do direito público, trata o regime jurídico administrativo da perspectiva de equilíbrio (leia-se, ponderação) entre *autoridade* e *liberdade*, sendo o primeiro conceito relacionado com a necessidade de imposição de determinações para o bem-estar coletivo e o segundo associado à preservação da autonomia, que pressupõe a realização simultânea de interesses privados."

¹³⁵ EVANGELISTA, Eduardo Rodrigues, Supremacia do interesse público sobre o particular: uma ideia à luz da Teoria Geral do Estado, **Revista Jus Navigandi**, ano 17, n. 3311, 2012.

Por fim, defende-se que a incompatibilidade entre o princípio da supremacia e os direitos fundamentais derivaria de uma compreensão equivocada daquele princípio - nesse sentido, cite-se as inferências de Cláudio Penedo Madureira¹³⁶: (a) a doutrina crítica não indica uma nova definição para o conceito de interesse público, admitindo que o interesse público consiste na melhor realização possível do direito; (b) tal acepção teórica corresponde à noção de interesse público adotada pela doutrina criticada - especialmente por Bandeira de Mello, que afirma o interesse público como o interesse do Estado e da sociedade na observância da ordem jurídica estabelecida; (c) essa ordem jurídica estabelecida é formada pelas regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico positivo; (d) os direitos subjetivos individuais estão previstos nessa ordem jurídica estabelecida, logo, ao menos em abstrato, a realização desses direitos está abarcada pelo conceito de interesse público; (e) dessa forma, o dissenso seria apenas aparente, pois ambos os lados parecem compartilhar a premissa de que a observância do interesse público pressupõe, inclusive, a realização de direitos subjetivos individuais. E, sendo assim, seria possível se defender que a doutrina crítica, embora assuma o conceito de interesse público de Bandeira de Mello (o conceito moderno, portanto), entende, de forma equivocada, o princípio da supremacia do interesse público como uma regra de preferência quando, na verdade, ele tem um significado que se aproxima de juridicidade. Isso porque, ao considerar o interesse público como uma forma específica de manifestação do interesse individual (o interesse de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade), Bandeira de Mello não pressupõe a completa dissociação entre ambos; daí que, em concreto, existiriam interesses privados que podem conflitar com o interesse público (não contemplados pelo ordenamento) e interesses privados coincidentes com o interesse público (contemplados pelo ordenamento) - mas não existiria conflito entre interesse público e direitos subjetivos individuais, pois os interesses individuais contemplados no ordenamento jurídico (que são os que induzem direitos subjetivos) integram o conceito de interesse público, constituindo o que Bandeira de Mello nomeou dimensão pública dos direitos individuais. Assim, o interesse público na doutrina de Bandeira de Mello consistiria no interesse do Estado e da sociedade na observância da ordem jurídica estabelecida, e a supremacia do interesse público diria respeito, pois, ao cumprimento do ordenamento jurídico-positivo, de forma que sua realização pressuporia, então, a fruição dos direitos subjetivos individuais previstos nas leis e na Constituição (e não uma regra de preferência).¹³⁷

¹³⁶ Cite-se aqui a análise promovida por Cláudio Penedo Madureira (Supremacia do interesse público sobre o privado - uma necessária desconstrução da crítica, **Fórum Administrativo**, n. 161, ano 14, p. 9 a 24, 2014), a partir das críticas reunidas na obra coletiva *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público* SARMENTO, Daniel (Org.), **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹³⁷ MADUREIRA, Supremacia do interesse público sobre o privado - uma necessária desconstrução da crítica.

O argumento final em prol da supremacia do interesse público é *sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, como um princípio do direito administrativo que protege o bem comum e os valores constitucionais* (v). De fato, defende-se que o princípio da supremacia do interesse público seria sim um princípio do direito administrativo tanto *conceitualmente*, porque reflete um dos alvos da função do Estado de Direito, quanto *normativamente*, porque sua existência não depende de previsão expressa no ordenamento jurídico positivo, podendo ser reconhecido como um princípio decorrente do sistema como um todo, uma implicação evidente do Estado Democrático de Direito. Invoca-se, ademais, o caráter plurissignificativo do termo princípio, para se argumentar que, na doutrina de Bandeira de Mello, o vocábulo não foi utilizado como norma-princípio, mas sim como axioma, com o significado de mandamento nuclear do sistema, o que, portanto, não afastaria a possibilidade de utilização da terminologia *princípio* da supremacia do interesse público. E, como um axioma, o princípio da supremacia não visaria servir de comando para adoção de determinados comportamentos, mas sim funcionar como fundamento, diretriz para o ordenamento, para que as normas sejam elaboradas e interpretadas à luz daqueles valores que ele carrega¹³⁸ Por fim, argumenta-se que a manutenção - e não o aniquilamento - do princípio da supremacia do interesse público é que seria capaz de salvaguardar os valores protegidos pela Constituição, uma vez que, como corolário natural do regime democrático, o princípio da supremacia que é calcado na preponderância das maiorias - superá-lo ou desconstruí-lo seria colocar em risco em risco a própria democracia (ainda que seja cabível sua "reconstrução", para adaptá-lo à nova dinâmica social).¹³⁹

Por fim, cabe anotar que, na doutrina brasileira, existem ainda posições intermediárias¹⁴⁰ entre a doutrina crítica, que aponta a total incompatibilidade do princípio com o ordenamento jurídico, e a doutrina que pugna por sua subsistência (ainda que com alguma

¹³⁸ EVANGELISTA, Supremacia do interesse público sobre o particular: uma ideia à luz da Teoria Geral do Estado.

¹³⁹ CARVALHO FILHO, Interesse público: verdades e sofismas. O autor alerta sobre um suposto retorno a ideias conservadoras com a supressão do princípio da supremacia do interesse público: "a negação do princípio configura-se, efetivamente, como postura anticívica e egocêntrica, já que confere proeminência a interesses privados, como o fez, desastrosamente, o liberalismo conservador do século XIX. Aliás, nada se revela mais reacionário do que submeter o interesse da coletividade a interesses privados."

¹⁴⁰ A qual é defendida, especialmente, pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público, *in*: SARMENTO, Daniel (Org.), **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. vii–xviii). Todo esse item retrata as ideias que o autor expõe nesse artigo que, na verdade, se trata do prefácio da obra organizada por Daniel Sarmento, já citada outras vezes nesse estudo.

forma de reeleitura) - a primeira é defendida especialmente pelo administrativista Fábio Medina Osório¹⁴¹ e a segunda, pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso¹⁴².

A primeira posição intermediária traz uma espécie de "versão fraca" do princípio da supremacia do interesse público, assim denominada por preconizar que, na verdade, o princípio da supremacia estabeleceria não uma regra rígida de preferência, mas, quando muito, uma precedência *prima facie* do interesse público. Assim, considerando o interesse público como um princípio jurídico-constitucional implícito - único suporte justificatório da Administração Pública, suficiente para embasar teleologicamente as ações administrativas - entende-se que, na realidade, não existe uma norma específica e literalmente consagradora de um princípio da supremacia do interesse público na ordem jurídica brasileira, mas sim inúmeros bens coletivos que indicam a existência desse princípio e uma liberdade de configuração legislativa de hipóteses e situações carentes de proteção fundada no interesse público. Haveria, assim, uma supremacia *prima facie* do interesse público sobre o interesse privado (que, no entanto, poderia ser afastada no caso concreto) - dessa forma, o princípio da supremacia atuaria como um princípio em diversos casos, mas também poderia funcionar como uma regra constitucional de prevalência automática em vários outros, especialmente quando essa norma definisse finalisticamente o interesse público a ser perseguido pelos agentes públicos e não houvesse espaço para alternativas. Mas, de toda forma, na seara judicial a referida prevalência só poderia ocorrer nos casos concretos (jamais de forma abstrata); no plano legislativo, como há muitas normas criadas impulsionadas pela supremacia, o citado princípio funcionaria como uma norma instituidora de outras normas; e na seara administrativa, a atuação estatal se pauta finalisticamente pela concretização do interesse público que seria, nessa medida, superior aos interesses privados notadamente quando se trata de restringir direitos individuais.¹⁴³

A segunda posição intermediária sustenta que, na realidade, o debate sobre o princípio da supremacia envolve mais uma questão terminológica e de pré-compreensão do

¹⁴¹ Veja-se, em especial: OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 770, p. 53 a 92, 1999.

¹⁴² BARROSO, Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público.

¹⁴³ Recentemente, Fábio Medina Osório voltou a tratar sobre o tema da supremacia do interesse público sobre os interesses privados, em razão da pandemia de coronavírus (**Interação compulsória por coronavírus é legítima e constitucional**, Migalhas, disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/322216/internacao-compulsoria-por-coronavirus-e-legitima-e-constitucional>>. acesso em: 27 mar. 2020). Veja-se o seguinte trecho: "Não se pode confundir a supremacia do interesse público sobre o particular com a ideia de um interesse público arbitrário ou com o esmagamento de direitos humanos ou fundamentais, muito menos com o desprezo pelo Estado Democrático de Direito. Ao contrário, a defesa do interesse público primário é cada vez mais necessária no Estado brasileiro e no direito administrativo, não obstante em âmbito contratual haja tendência de paridade entre as partes. O próprio devido processo legal e a aproximação do direito administrativo sancionador ao direito penal decorre da supremacia do interesse público sobre o particular, em certa medida."

que sejam os interesses público e privado, do que o conteúdo desses conceitos, e que, exatamente por isso, ao fim, a doutrina crítica e a doutrina criticada acabam não trazendo entendimentos tão antagônicos quanto parece. Assim, permaneceria possível, útil e necessário continuar defendendo a supremacia do interesse público no Brasil, muito embora não se deva perder de vista a centralidade dos direitos fundamentais e da pessoa humana. De fato, esta corrente defende que modernamente o conceito de interesse público ganhou densidade, tendo se transformado em um sobreprincípio (do qual derivam princípios como a moralidade, a impessoalidade e a finalidade pública) que impõe ao administrador que sua atuação esteja sempre voltada à realização de um fim público e também justifica e legitima - conferindo-lhes fundamento ético - institutos essenciais do direito administrativo como o poder de polícia e a intervenção estatal na propriedade, além de permitir outorgar certas prerrogativas à Administração Pública, para que ela possa cumprir seu mister. No entanto, é necessário se identificar qual o interesse público será dotado de supremacia, devendo se realizar duas requalificações: (i) diferenciar interesse público e interesse estatal, já que são noções próximas mas que não se confundem, pois não há associação necessária entre elas; e (ii) diferenciar interesse público primário e secundário, sendo o primeiro a razão de ser do Estado, que se sintetiza no fins que lhe cabe promover (justiça, segurança e bem-estar social) e é formado pelo interesses de toda a sociedade; e o segundo, o interesse da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma relação jurídica (em sentido amplo, o interesse do erário de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas). Em um Estado Democrático de Direito, muitas vezes o interesse público se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados - às vezes protegidos por uma cláusula de direito fundamental, outras não - ou seja, o interesse público se realiza quando o Estado cumpre seu papel de forma satisfatória, ainda que em relação a um único cidadão. Nessa linha, o interesse público primário tem supremacia sobre os interesses privados em um sistema constitucional e democrático - e, na verdade, ele tem supremacia porque já é o resultado da ponderação, ou seja, o interesse público primário expressa a melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que o intérprete deve preservar ou promover. Por outro lado, o interesse público secundário (o da pessoa jurídica de direito público, do erário), jamais terá supremacia *a priori* e abstrata em face de um interesse particular - caso eles entrem em conflito, será necessário que o intérprete promova o juízo de ponderação adequado, considerando os elementos normativos e fáticos do caso concreto. No entanto, maior complexidade ocorre quando conflituam um interesse público primário consubstanciado em uma meta coletiva e outro interesse público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental, caso em que o intérprete deverá observar ao menos dois parâmetros: (i) razão pública, ou seja, utilização de argumentos que sejam reconhecidos por todos os grupos sociais dispostos ao debate

(afastando-se argumentos ideológicos ou religiosos), buscando elementos constitucionais essenciais e princípios constitucionais de justiça dentro de um ambiente de pluralismo político, pois um interesse não pode ser considerado público e primário apenas por corresponder aos grupos hegemônicos do momento, já que para que um direito fundamental seja restringido em prol da realização de uma meta coletiva ela deve efetivamente corresponder a valores políticos consagrados constitucionalmente (e não ao ideário da maioria de momento); e (ii) a dignidade da pessoa humana, de forma a evitar a instrumentalização do ser humano para o alcance de metas coletivas. Assim, o princípio da supremacia, da forma como apresentado pela segunda corrente intermediária: (i) respeitaria os direitos fundamentais e os interesses particulares em geral; (ii) justificaria os atributos do ato administrativo; (iii) limitaria a atividade estatal, vinculando o Poder Público aos interesses da coletividade. E, diante disso, como exposto, alfim, a discussão acabaria se restringindo a usar ou não usar o termo "supremacia do interesse público."

2.5. A discussão do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no ordenamento jurídico brasileiro

Por tudo que foi exposto até aqui, para enfrentar essa pergunta sem correr o risco de a resposta ser mal compreendida, é necessário estabelecer algumas premissas, deixá-las muito bem delimitadas porque, nesse ponto parece estar com razão Luís Roberto Barroso: muito da celeuma criada em torno do princípio da supremacia do interesse público parece advir da falta de clareza quanto aos conceitos, aos seus pressupostos, às teorias e suas correlações utilizadas para tratar do tema.

O primeiro ponto, pois, é que, como bem destacado pela doutrina crítica, realmente **não existe sustentação na teoria moral que fundamenta a Constituição brasileira de 1988 para a defesa da existência de um princípio que preveja, de forma abstrata e a priori, a prevalência do interesse público (entendido na acepção de interesses coletivos ou interesses da sociedade) sobre os interesses individuais.** Com efeito, não parece viável uma defesa desse cariz em uma ordem constitucional plasmada sob a teoria personalista, que se fundamenta na dignidade da pessoa humana, que coloca o homem (e não a sociedade ou a coletividade) como centro do ordenamento jurídico, enxerga o indivíduo como um fim em si mesmo e se estrutura no reconhecimento do valor fundamental da autonomia pública e privada do cidadão. Assim, se o *princípio da supremacia do interesse público estabelecesse isso (uma primazia abstrata e a priori de interesses coletivos e sociais - entendidos como interesses públicos - sobre os interesses individuais)* - e não está se afirmando que estabelece -, ele não encontraria sustentação na teoria moral que fundamenta a Constituição, que é personalista.

Por razões semelhantes - considerando a centralidade do indivíduo no ordenamento jurídico - também procede o argumento de que **não encontra respaldo na ordem jurídica, sistematicamente considerada, um princípio que preveja, de forma abstrata e *a priori*, a prevalência de interesses públicos (com conteúdo de interesses coletivos ou da sociedade) sobre interesses privados.** De fato, da análise sistemática de todo o ordenamento jurídico (e não apenas das normas constitucionais, mas não olvidando que todo ordenamento deve ser interpretado à luz delas) extrai-se inevitavelmente a mesma conclusão de centralidade do indivíduo e proteção de sua dignidade. A ideia de que haja uma solução abstrata e *a priori* a favor dos interesses coletivos, sociais e contra os interesses individuais inverteria essa lógica, deslocando o centro de proteção do ordenamento jurídico para a sociedade, razão pela qual são incompatíveis. Assim, se o *princípio da supremacia do interesse público estabelecesse isso* (e não está se afirmando que estabelece), ele realmente não teria respaldo normativo na atual ordem jurídica sistematicamente considerada.

Também é necessário acompanhar a doutrina crítica no sentido de que **não é possível se reconhecer como norma-princípio um princípio que preveja, de forma abstrata e *a priori*, a prevalência de interesses públicos (com qualquer conteúdo) sobre interesses privados, pois isso afasta, à partida, a possibilidade de ponderação e, portanto, esse princípio não se enquadra no conceito de princípio jurídico nos termos da teoria dos princípios contemporânea.** Isso porque a característica essencial dos princípios entendidos como normas (*normas-princípios*), de acordo com a moderna teoria dos princípios de Dworkin ou de Alexy, é exatamente a possibilidade de sua concretização em diversos graus, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes e conforme processo de ponderação nos casos de colisão com outros princípios (o que os diferencia das regras, às quais se aplica a lógica do *tudo ou nada*). Assim, um princípio que preveja apenas um grau de aplicação, que preveja de antemão o resultado do possível conflito entre interesses públicos e privados sempre a favor dos interesses públicos, afastando a possibilidade de juízo de ponderação que considere as nuances do caso concreto, não é um princípio... é uma regra. Dessa forma, se o *princípio da supremacia do interesse público estabelecesse isso* (e não está se afirmando que estabelece), ele não seria um princípio, mas sim uma regra de prevalência abstrata em favor do interesse público.

Além disso, também parece coerente se afirmar que **a indeterminabilidade abstrata do conceito de interesse público seria impeditiva do reconhecimento de um princípio que previsse, de forma abstrata e *a priori*, a prevalência de interesses públicos (com conteúdo de interesses coletivos ou da sociedade) sobre interesses privados.** Com efeito, à partida, a indeterminabilidade do conteúdo do interesse público (a falta de um consenso sequer quanto à amplitude do conceito) afasta a segurança jurídica necessária para se estabelecer, de forma abstrata e *a priori*, que esses interesses terão primazia sobre o

interesse particular - quais interesses serão predominantes? Isso coloca em zona de risco os direitos individuais, que podem ficar à mercê de definições arbitrárias do que constitui o interesse público (na acepção de interesse social, coletivo), de acordo com o entendimento majoritário do momento. Ou seja, essa indeterminação abstrata do conceito de interesse público aliada à previsão de que o resultado do conflito que ocorresse com os interesses privados seria sempre resolvido em prol dos interesses coletivos poderia subjugar os direitos individuais à concepção do que a maioria da ocasião entende por interesse público, enfraquecendo a tutela jurídica desses direitos a ponto de poder reduzi-la a nada¹⁴⁴. Assim, *se o princípio da supremacia do interesse público estabelecesse isso (uma primazia abstrata e a priori de interesses coletivos e sociais - entendidos como interesses públicos - sobre os interesses individuais)* - e não está se afirmando que estabelece -, realmente, a indeterminabilidade abstrata do conteúdo de interesse público seria um impeditivo para se defender que o princípio da supremacia tenha respaldo normativo na atual ordem jurídica, por constituir séria afronta à segurança jurídica e favorecer à criação de ambiente com maior propensão de restrições arbitrárias de direitos individuais (logo, com menor limitação do poder estatal).

Um princípio que previsse, de forma abstrata e a priori, a prevalência de interesses públicos (com conteúdo de interesses coletivos ou da sociedade) sobre interesses privados também seria incompatível com os postulados constitucionais da proporcionalidade e da concordância prática. Isso porque, como já se destacou, um princípio que trouxesse esse conteúdo indicaria de antemão a solução de eventual conflito, sem considerar as circunstâncias do caso concreto, e, logo, afastando a proporcionalidade e a concordância prática (já que a solução seria sempre a mesma). Assim, *se o princípio da supremacia do interesse público estabelecesse isso* (e não está se afirmando que estabelece), ele realmente não teria respaldo normativo na atual ordem jurídico-constitucional, por se afastar dos postulados da proporcionalidade e da concordância prática.

Também é de se reconhecer que **um princípio que previsse, de forma abstrata e a priori, a prevalência de interesses públicos (com conteúdo de interesses coletivos ou da sociedade) sobre interesses privados também seria incompatível com a ordem constitucional, uma vez que há interesses públicos e privados acolhidos pela Constituição brasileira e essa tutela constitucional tem valor idêntico.** Com efeito, como

¹⁴⁴ Além disso, parece muito coerente inclusive o alerta trazido por Patrícia Baptista (**Transformações do direito administrativo**, p. 135 a 139) no sentido de que, mesmo que se admitisse que interesse público é apenas aquele que é previsto em lei (ou seja, com um grau maior de determinabilidade), a utilização de conceitos jurídicos indeterminados e a complexidade da sociedade moderna (que impede que a lei lhe alcance em todos os aspectos, carecendo, pois, de regulamentação executiva) ainda colocaria nas mãos da Administração um amplo poder de conformação do que se entenderia por interesse público, mantendo-se o risco de arbitrariedades e o perigo para os direitos individuais.

existem diversos interesses consagrados constitucionalmente, estabelecer a precedência de apenas um tipo deles não é uma solução constitucionalmente válida (já que constitucionalmente todos têm o mesmo valor); uma solução compatível com o atual sistema constitucional deve prever a compatibilização de todos os interesses consagrados constitucionalmente, reciprocamente considerados e conformados. O fato de a própria Constituição, em algumas hipóteses, reconhecer a prevalência de interesses públicos sobre os privados não autoriza, por si só, extrair daí a existência de uma regra geral nesse sentido (até porque existem hipóteses em que o contrário acontece) - o que ocorre aí é apenas o resultado do sopesamento em abstrato realizado pelo constituinte. Fora isso, a regra é que os interesses públicos e privados tutelados na Constituição têm uma tutela constitucional de idêntico valor. Dessa forma, *se o princípio da supremacia do interesse público estabelecesse isso (primazia abstrata e a priori de interesses coletivos e sociais - entendidos como interesses públicos - sobre os interesses individuais)* - e não está se afirmando que estabelece -, ele não poderia ser encarado como um postulado normativo do direito, pois ignora que entre os interesses públicos e privados que têm tutela constitucional não é possível estabelecer uma ordem hierárquica *a priori*, já que essa tutela tem valor abstrato idêntico.

E, por fim, em reforço e por consequência ao que já foi dito, **um princípio que previsse, de forma abstrata e a priori, a prevalência de interesses públicos (com conteúdo de interesses coletivos ou da sociedade) sobre interesses privados também seria totalmente incompatível com o sistema constitucional de direitos fundamentais, pois criaria uma cláusula prévia e geral de restrição de direitos fundamentais, invertendo a lógica da proteção reforçada que lhes foi concedida pela Constituição.** Com efeito, como é cediço, os direitos fundamentais representam os valores maciços sobre os quais se funda o ordenamento jurídico (relembra-se sua dimensão objetiva, espraiando conteúdo axiológico por todo o sistema de normas) razão pela qual foram protegidos constitucionalmente como cláusulas pétreas, colocados fora do jogo político e protegidos dos entendimentos majoritários de ocasião. O que não quer dizer que não possam ceder em caso de conflitos com interesses ou bens coletivos, *desde que estes também tenham envergadura constitucional*. Com efeito, a proteção reforçada dos direitos fundamentais faz com que as hipóteses de suas restrições sejam limitadas - e, como exposto, colisões entre direitos fundamentais e bens ou interesses públicos (coletivos ou sociais) que também gozam de tutela constitucional devem necessariamente se enquadrar em uma dessas hipóteses: (i) ou a própria Constituição já traz o resultado do sopesamento entre os interesses em conflito (ou seja, o sopesamento foi realizado em abstrato pelo constituinte e seu resultado previsto como norma; o conflito já foi resolvido para aquele caso); (ii) ou a própria Constituição autoriza a edição de norma infralegal para a restrição do direito fundamental (observados os "limites dos limites", ou seja, densidade suficiente da norma restritiva, previsibilidade, segurança

jurídica, proporcionalidade, respeito ao conteúdo essencial do direito fundamental); (iii) ou, quando a colisão não se enquadra em nenhuma das hipóteses anteriores, ocorrerão as chamadas restrições não expressamente previstas na Constituição, que têm lugar porque direitos e princípios constitucionais entram em rota de colisão no caso concreto e, em nome do postulado da unidade da Constituição, o direito fundamental pode ser restringido naquele caso específico, para que convivam - e isso ocorre após processo de ponderação, consideradas as especificidades do caso concreto. Veja-se que em nenhuma das três hipóteses do princípio da supremacia do interesse público tem assento: (i) no primeiro caso, trata-se de uma norma constitucional que estabelece a prioridade de determinado interesse, resultado de um sopesamento abstrato realizado pelo constituinte; (ii) no segundo caso, o que permite a restrição do direito fundamental é a autorização constitucional e a lei que respeite os "limites dos limites" (e note-se que o princípio da supremacia do interesse público, ao contrário, afasta-se de vários daqueles pressupostos como determinabilidade, segurança jurídica, proporcionalidade - mais uma razão pela qual não pode funcionar como cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais); e (iii) no último caso, o que permite a restrição do direito fundamental é um processo de ponderação de bens de igual envergadura constitucional, em função do princípio da unidade da Constituição, considerando sempre as especificidades do caso concreto (há que se lembrar que, *a priori*, nem todo interesse público tem assento constitucional, dessa forma, admitir o princípio da supremacia do interesse público como uma cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais é admitir a limitação desses direitos inclusive por interesses que sequer gozam de tutela constitucional). Dessa forma, *se o princípio da supremacia do interesse público estabelecesse isso (primazia abstrata e a priori de interesses coletivos e sociais - entendidos como interesses públicos - sobre os interesses individuais)* - e não está se afirmando que estabelece -, ele não poderia ser admitido no ordenamento jurídico brasileiro porque seria totalmente incompatível com o sistema constitucional dos direitos fundamentais.

Diante de todo o exposto, a resposta que se apresenta à pergunta formulada nesse item - com todas as elucidações conceituais acima - é: **um princípio da supremacia do interesse público sobre o particular que estabeleça a primazia abstrata e a priori de interesses públicos (entendidos na acepção de interesses coletivos ou sociais) sobre interesses privados é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro atual.**

Dessa forma, **a primeira conclusão no tema para fins deste estudo é que a atividade de controle interno do Estado não se fundamenta em um princípio da supremacia do interesse público que tenha essa concepção.**

Esta premissa é importante, porque a utilização deste princípio (ou regra) como uma espécie de cláusula geral (ou axioma) de direito administrativo, como já alertado por alguns autores, comporta alguns efeitos negativos, especialmente afastar a necessária ponderação

com outros bens ou interesses individuais que estejam eventualmente em conflito e minimizar os deveres estatais de fundamentação dos atos praticados com apoio nesta pretensão supremacia gerando, por consequência, um déficit de fundamentação que prejudica o controle destes atos (controle judicial ou mesmo social). Afastando a aplicação simplista do princípio da supremacia do interesse público pretende-se também afastar esses efeitos.

2.6. O interesse público como fim da atividade do Estado

Ocorre que, ao que parece, mesmo a doutrina clássica¹⁴⁵ tende a concordar com a afirmação do interesse público como fim da atividade do Estado - como demonstrado, diversos autores que advogam a subsistência do princípio da supremacia alertam que jamais se defendeu essa primazia abstrata absoluta dos interesses coletivos sobre os individuais¹⁴⁶ (como a doutrina crítica aparentemente pressupõe) e que, na verdade, o princípio da supremacia do interesse público sempre carregou consigo um viés de razoabilidade e proporcionalidade em sua aplicação.

Embora o argumento seja relevante - e indique que Barroso realmente parece ter razão quando afirma que ambos os lados não têm divergências tão acentuadas como possa parecer à primeira vista - ele remete a uma consequência importante: ora, se é assim, para evitar celeumas, parece que o caminho mais prudente é evitar o uso do termo supremacia, assim como propõe Flávio Henrique Unes Pereira.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Pede-se venia para utilizar essa denominação apenas para poder diferenciar aqueles que entendem pela compatibilidade do princípio da supremacia do interesse público com o atual ordenamento jurídico (ainda que seja necessário uma releitura, a partir dos valores constitucionais), daqueles que entendem pela incompatibilidade, aos quais se denominou "doutrina crítica".

¹⁴⁶ Cita-se, em reforço, por todos, NOHARA, Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo: "Tanto a doutrina afinada com o pós-positivismo como a doutrina mais tradicional não defendem um sentido absoluto do princípio da supremacia do interesse público e que, por isso mesmo, afaste a ponderação, a partir da proporcionalidade/razoabilidade, na preservação do núcleo essencial de direitos fundamentais protegidos pela Constituição; esse modelo totalitário de Estado não foi abraçado pelos administrativistas brasileiros."

¹⁴⁷ Segue-se, nesse ponto, a doutrina de Flávio Henrique Unes Pereira (A supremacia do interesse público sobre o interesse privado: superação ou releitura. **Revista CEJ**, v. n. 65, ano XIX, p. 32–37, 2015), que propõe o abandono do princípio da supremacia do interesse público pelo princípio do interesse público: "Há, no entanto, juristas que defendem a permanência da expressão 'supremacia do interesse público', que reporta à dicotomia público/privado. Romeu Felipe Bacellar Filho (2010, p. 94), por exemplo, afasta a ideia de que haveria incompatibilidade ou oposição necessária entre interesse público e interesse do cidadão (...) Muito embora o autor afaste a necessária contraposição entre a perspectiva individual e coletiva do interesse público, não há como deixar de reconhecer a possível tensão, presente no termo 'supremacia', entre argumentos que, aprioristicamente, sustentem o interesse público da 'maioria' em detrimento de uma perspectiva 'individual'. Indispensável, pois, saber se o ordenamento jurídico impõe ao particular o ônus de suportar determinada ação administrativa. A interpretação do ordenamento jurídico demandará a consideração das pretensões argumentativas dos envolvidos. Não há como eliminar a interlocução entre a Administração e o cidadão, especialmente quando em pauta ação limitativa da liberdade ou propriedade privada. Assim, consideramos relevante a reformulação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado para o

Com efeito, o dicionário Michaelis define supremacia como "poder supremo", "superioridade ou grandeza maior que todas as outras e que não se contesta, hegemonia, preponderância, prevalência"¹⁴⁸; o Priberam, como "primazia ou superioridade de algo ou alguém em relação aos da mesma espécie, hegemonia, predomínio, preponderância".¹⁴⁹

E, ainda que se argumente que o significado de interesse público tomado pela doutrina crítica (que o entende mais vinculado a interesse coletivo) não é o mesmo que aquele tomado pela doutrina tradicional (que o aproxima mais da juridicidade), o só argumento da possibilidade de ponderação com outros interesses (embora pareça um tanto complexo se ponderar fora dos limites da juridicidade), parece já desaconselhar o uso do termo *supremacia*. É que, pelo sentido literal da palavra, ainda que se argumente que o conceito carrega em si a ideia de razoabilidade e de ponderação, o termo gera a incongruência (como se pressupor razoabilidade e ponderação diante de um conceito de "grandeza maior que todas as outras e que não se contesta"?)

Propõe-se, em substituição, pois, com espreque na doutrina de Unes Pereira (mas talvez com fundamento um pouco diferente), que se reconheça que, na verdade, o que existe é um princípio que determina ao Estado que atue com o intuito de sempre atingir o interesse público. Aparentemente esse princípio pode ser extraído da Constituição como um princípio implícito¹⁵⁰ - parece não haver discordância, entre críticos e clássicos, de que o atingimento do interesse público é um dos fins que justificam a existência do Estado¹⁵¹. De fato, embora a Constituição brasileira não contenha uma disposição expressa que vincule inequivocamente a atuação estatal à consecução do interesse público - ao contrário da Constituição portuguesa (que prevê, em seu artigo 266, nº 1, que a Administração Pública visa a prossecução do interesse público) ou da espanhola (que prevê, em seu artigo 103, nº 1, que a Administração Pública serve com objetividade os interesses gerais) - afigura-se realmente possível se retirar seja da previsão do Estado como Estado Democrático de Direito (prestador e garantidor de direitos), seja do reconhecimento da dignidade da pessoa humana

princípio do interesse público, na medida em que este é resultado de um processo interpretativo e essencialmente dialógico, e não uma noção apriorística entre dois "interesses", o público e o privado."

¹⁴⁸ **"supremacia"**, in Dicionário Michaelis, 2019, Ed. Melhoramentos Ltda., <https://michaelis.uol.com.br/> [consultado em 17-01-2019].

¹⁴⁹ **"supremacia"**, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <https://dicionario.priberam.org/supremacia> [consultado em 17-01-2019].

¹⁵⁰ Como adiantado, SCHIER, Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais, admite a existência de um princípio constitucional implícito de tutela do interesse público.

¹⁵¹ Preferiu-se dizer "um dos fins" e não "o fim" exatamente porque não se aprofundará a discussão sobre o conceito de interesse público e, no ponto, poderia haver objeção de que o fim do Estado é a garantia dos direitos fundamentais (daí porque para alguns autores a afirmação de que o interesse público é o fim do Estado só faria sentido se se entender que o interesse público necessariamente envolve a concretização dos direitos fundamentais - com o que esta autora concorda) ou que, no mesmo sentido, o fim do Estado é a garantia da dignidade da pessoa humana.

como baldrame de toda a ordem jurídica, seja do conjunto de princípios constitucionais que regem a Administração Pública (como, na linha da doutrina de Medina Osório, uma espécie de direção teleológica da atividade estatal¹⁵²), que um dos fins que justificam a existência do Estado é o atingimento do interesse público. Parece possível, portanto, afirmar a existência, na ordem jurídico-constitucional brasileira, desse *princípio implícito* do interesse público (ou de tutela do interesse público).

Ou seja, reconhece-se assim que há um princípio com *status* e força normativa constitucional que impele a atuação estatal ao atingimento do interesse público (considerado na acepção de interesse da coletividade, da sociedade), sem se prever qualquer tipo de regra de prevalência. Com isso, ao menos *a priori*, já se afasta alguns dos problemas enfrentados pelo princípio da supremacia, expostos *supra*.

Todo o raciocínio sobre a supremacia respaldar o tratamento diferenciado dado ao Estado (privilégios e prerrogativas) se aplica perfeitamente caso se reconheça o princípio constitucional implícito do interesse público (que orienta a atividade administrativa). Ou seja, o princípio do interesse público é capaz de sustentar o regime jurídico-administrativo neste ponto. Ora, os referidos instrumentos são conferidos ao Estado para que ele esteja apto para cumprir seu papel de concretizar o interesse público; é esse princípio que garante ao Estado cumprir esse mister (as prerrogativas e os privilégios são instrumentos conferidos para atingir esse fim público - na medida dessa necessidade).¹⁵³ Todo o fundamento ético que legitima

¹⁵² OSÓRIO, Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro. O autor considera que o interesse público é um princípio jurídico-constitucional implícito ou imanente, que pode ser inferido: (i) dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, como uma direção teleológica da atuação administrativa (a existência de meios jurídicos e materiais que colocam a Administração em vantagem derivam da existência de fins de utilidade pública que o Poder Público deve perseguir); (ii) da existência de bens coletivos que reclamam proteção estatal; (iii) das restrições aos direitos individuais em prol da proteção de bens e valores coletivos.

¹⁵³ Gustavo Binenbojm (BINENBOJM, **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, p. 116 a 118), inclusive, critica a fundamentação das prerrogativas e privilégios da Administração no princípio da supremacia do interesse público. Inicialmente, o autor lembra que a preservação dos direitos individuais faz parte do conteúdo do interesse público. E que a isonomia, assim como os fins de interesse coletivo cometidos ao Poder Público, também está prevista como norma constitucional. Assim, qualquer hipótese de tratamento diferenciado conferido ao Poder Público em relação aos particulares tem que observar os critérios determinados pelo princípio da igualdade, ou seja, tem que ser instituída por lei e passar pelo teste da proporcionalidade. De tal forma, um privilégio instituído a favor da Administração Pública só será constitucionalmente legítimo se: (i) a discriminação criada em desfavor dos particulares (comprimindo a isonomia) seja apta a possibilitar que o Estado cumpra os fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei; (ii) a extensão da discriminação criada em desfavor dos particulares observe o limite do estritamente necessário e exigível para viabilizar que o Estado cumpra os fins que lhe foram cometidos pela Constituição e pela lei; (iii) o grau de sacrifício imposto à isonomia deve ser compensado pela importância da utilidade gerada, em uma estimativa de custo para os particulares e benefícios para a coletividade como um todo. Ou seja, verifica-se que também para o autor as prerrogativas e privilégios da Administração se justificam em função dos fins que o Estado deve atingir e apenas na medida da estrita necessidade de atendimento desses fins.

os institutos administrativos permanece com o princípio do interesse público¹⁵⁴ - o que se retira é apenas a regra de preponderância, forçando uma análise mais acurada dos casos concretos e um dever de fundamentação muito maior, que requer maior robustez e cuidado na motivação dos atos do Poder Público.¹⁵⁵

Pertinente, ademais, deixar registrado o alerta de Unes Pereira de que a proposta de mudança terminológica (de supremacia do interesse público para apenas interesse público) não cai na armadilha incauta de simplesmente substituir uma fórmula por outra, como se

¹⁵⁴ Veja-se, ainda, em mais uma tentativa de se colocar a tese à prova como o raciocínio de Irene Patrícia Nohara (Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo) sobre o princípio a supremacia do interesse público se aplica perfeitamente ao princípio do interesse público. Diz a autora: "A possibilidade de o Estado impor sua vontade não significa que essa vontade não possa ser manifestação de um consenso acerca do que a coletividade entende por interesse coletivo, em determinado contexto histórico, porquanto um verdadeiro Estado Democrático de Direito também deve ter força para impor determinações gerais de interesse público e, em caso de colisão de interesses, submeter, dependendo do juízo de sopesamento do caso concreto (razoabilidade), e sem a pretensão de aniquilar desnecessariamente (desproporcionalmente) direitos individuais protegidos pela Constituição, a vontade de interesses particulares recalcitrantes à realização de fins constitucionais coletivos. A significativa diferença do Estado democrático em relação ao Estado é que, enquanto o primeiro procura tomar medidas legitimadas num consenso social acerca de qual o conteúdo específico de cada interesse público, ou seja cotejado para determinados casos concretos, o último toma decisões pautadas em interesses individuais ou de pequenos grupos, que são impostas sem que haja condições de debate ou mesmo de questionamento da real natureza dos interesses perseguidos pelo Estado. É no mínimo perigoso um Estado manejar poderes-deveres que não sejam amparados em interesses coletivos." Ou seja, pode-se inferir do trecho citado que, assim como proposto na tese, a autora reconhece a legitimidade dos instrumentos de força do Estado (ou seja, suas prerrogativas e privilégios) advém da finalidade da atuação estatal (atingimento do interesse público). É por isso que o regime jurídico-administrativo se justifica e não por uma supremacia abstrata do interesse público em todo e qualquer conflito com o interesse privado (tanto que a autora dá a entender que, em caso de conflito, esses instrumentos só emergem após o ponderação proporcional que demonstre a preponderância do interesse público). Em suma: eles se justificam porque o Estado deve atuar para atingir o interesse público e não porque existe uma regra abstrata de preponderância do interesse público sobre o particular.

¹⁵⁵ Mas é preciso salientar que mesmo a utilização do princípio do interesse público não afasta por completo a possibilidade de déficit de fundamentação e legitimação (só a minora nos casos de eventuais conflitos, pois obriga o Estado a justificar a preponderância do interesse público, após processo de sopesamento com os interesses que lhe forem conflitantes). Como bem lembra Irene Patrícia Nohara (*Ibid.*) muitos regimes autoritários fizeram uso de cláusulas gerais como "interesse público" ou "proteção da segurança nacional" para impor decisões *de cima pra baixo*, sem o mínimo consenso social. No mesmo sentido, Alice Gonzales Borges (Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?, **Revista Diálogo Jurídico**, v. 1, n. 15, p. 1 a 23, 2007) assevera: "O interesse público – o mais indeterminado dos conceitos – sempre esteve ameaçado pelos donos do poder. Objeto das mais solertes manipulações, sempre tem sido invocado, através dos tempos, a torto e a direito, para acobertar as 'razões de Estado', quando não interesses menos nobres, e, até, inconfessáveis. Mais especificamente, tem sido manejado por certas administrações públicas como verdadeiro escudo, que imunizaria de quaisquer críticas suas posições autoritárias, e as resguardaria até, em nome de pretensa independência de poderes, do imprescindível controle do Poder Judiciário." E também Juliano del Antonio (A supremacia do interesse público como supedâneo da consecução do direito administrativo pátrio: uma dicotomia público-privada no direito brasileiro, **Revista Bonijuris**, v. 26, n. 4, p. 33 a 40, ano XXXVI, n. 65) adverte: "É cediço ser o povo o titular do interesse público, logo, é inadmissível que um governante invoque, numa espécie de palavreado mágico, o 'interesse público' com o objetivo de, por si só, justificar a tomada de decisão, sem sujeitá-la ao controle de seus atos, de modo incompatível com o que preconiza o Estado Democrático de Direito. O interesse da coletividade está relacionado para o direito público, na mesma medida em que a autonomia da vontade figura para o direito privado."

abstrata ou aprioristicamente a complexidade em torno do termo interesse público fosse, com isso, definitivamente solucionada. A provocação, ressalta, "apenas obriga ao desvelamento da fórmula e ao cotejo do ato com a realidade fática a partir da discursividade do devido processo, sem presunção em favor de qualquer interesse, seja o estatal ou o individual".¹⁵⁶

De fato, é claro que ainda que se reconheça que o princípio que sustenta a atuação estatal é o do interesse público (e não o da supremacia do interesse público), permanece o problema, já exposto *supra*, da definição do que seja interesse público.¹⁵⁷

O objeto e os limites dessa pesquisa não permitem maiores aprofundamentos do tema. De forma geral, parece ter razão Maria Sylvia Zanella di Pietro quando afirma que o interesse público tem diferentes graus de indeterminação - aparentemente, quanto mais específica e concreta é a situação que se está analisando, mais possível e clara se torna a determinação do interesse público que rege a atuação estatal.¹⁵⁸ Além disso, também parece ser possível se considerar a ideia de conceito-quadro e das zonas de certeza positiva e

¹⁵⁶ PEREIRA, A supremacia do interesse público sobre o interesse privado: superação ou releitura.

¹⁵⁷ Veja-se, ademais, pela pertinência, as ponderações de Irene Patrícia Nohara (Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo): "(...) apesar de ser um conceito oco que pode ser preenchido por variados conteúdos a depender de um consenso político, isso não quer dizer que não haja uma estrutura de conceito (mesmo que indeterminada) que evidencie situações argumentativas nas quais se possa ao menos excluir determinadas interpretações inadequadas do seu âmbito de delimitação de sentido. Note-se que, paradoxalmente, é essa mesma estrutura oca de sentido do conceito de interesse público, baseada na textura aberta da linguagem, que faz com que a utilidade da categoria sobreviva à mutabilidade fática dos interesses coletivos. Entretanto, defender-se-á que a abstração nunca deve deixar de ser cotejada com a discussão acerca do real conteúdo dos interesses públicos protegidos em cada caso concreto, sob pena de se transformar em fator de afastamento do consenso social."

¹⁵⁸ A título de exemplo, Diogo Freitas do Amaral (**Curso de direito administrativo**, Coimbra, Portugal: Almedina, 2011) prevê alguns corolários do dever de prossecução do interesse público, que podem ser úteis para identificá-lo: (i) é a lei que deve definir os interesses públicos a cargo da Administração - a Administração só pode defini-los se houver uma lei que lhe habilite para tanto, conferindo-lhe competência para aprovar normas nesse sentido ou para concretizar certos tipos de conceitos indeterminados; (ii) a noção de interesse público tem conteúdo variável, podendo mudar no tempo; (iii) definido o interesse público pela lei, a sua prossecução pela Administração é obrigatória, já que é essa atividade que justificar autonomizar a função administrativa no quadro das funções estatais; (iv) o interesse público delimita a capacidade jurídica das pessoas jurídicas de direito público e a competência dos respetivos órgãos (princípio da especialidade); (v) só o interesse público definido por lei pode constituir o motivo determinante de qualquer ato da Administração - se um órgão da Administração praticar um ato que não tenha sido motivado por interesse público, esse ato estará viciado por desvio de poder, e por isso será um ato ilegal e inválido; (vi) se qualquer órgão ou agente público prosseguir interesses privados (em vez do interesse público) no exercício das suas funções estará praticando corrupção; (vii) a obrigação de prosseguir o interesse público exige que a Administração adote, em relação a cada caso concreto, as melhores soluções possíveis, do ponto de vista administrativo (técnico e financeiro) - dever de boa administração.

negativa citadas acima¹⁵⁹, bem como o fato de que o interesse público, a princípio, estará sempre positivado no ordenamento jurídico, por meio de regras ou de princípios¹⁶⁰.

De toda forma, a partir do momento que se considera que não existe uma regra que determine a supremacia do interesse público - independentemente do conceito de interesse público que se adote - a necessidade de ponderação em caso de conflito parece evidente:

- i. se se entender interesse público com uma acepção mais próxima de bem comum, interesse coletivo, social etc, em um caso concreto, esse interesse poderá se chocar com um interesse individual, caso em que será necessário: (a) observar se algum dos interesses tem proteção mais reforçada pelo ordenamento; (b) verificar se o ordenamento já prevê, em regra específica e de forma abstrata, o resultado do sopesamento; e (c) em caso negativo, realizar o sopesamento entre o interesse público (na acepção de interesse coletivo) e o interesse individual, considerando as nuances do caso concreto;
- ii. se se entender o interesse público mais aproximado da ideia de juridicidade, como melhor direito aplicável, ainda assim, para se chegar ao melhor direito aplicável: (a) pode ter ocorrido conflito entre interesse coletivo e interesse individual, caso em que todos os passos indicados no item "a" seriam observados para se chegar ao resultado e esse resultado ser considerado o interesse público; (b) ainda que se considere que tanto o direito coletivo quanto o direito subjetivo individual são ambos interesses

¹⁵⁹ É conhecida, aliás, a proposta de conceituação de interesse público de Marçal Justen Filho (**Curso de direito administrativo**, *ebook*) a partir de uma definição negativa - segundo o autor: (i) o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, lembrando que existem interesses públicos não estatais (o que envolve, especialmente, o chamado terceiro setor, composto pelas organizações não governamentais); (ii) o interesse público não se confunde com o interesse do aparato administrativo, em uma alusão à distinção já vista, proposta por Alessi, entre interesse público primário e secundário; (iii) o interesse público não se confunde com o interesse do agente público, ressaltando que o exercício da função pública não pode ser afetado pelos interesses privados e egoísticos do agente público; (iv) o interesse público não se confunde com o interesse da sociedade (a qual não se confunde com o mero somatório dos indivíduos que a integram), uma vez que é antidemocrático reconhecer a existência de interesse público desvinculado de qualquer interesse individual concreto; (v) o interesse público não se confunde com o interesse da totalidade dos sujeitos privados, pois dizer o contrário seria defender que não há diferença qualitativa entre interesses privados e públicos, apenas quantitativa e, além disso, é impossível atingir a unanimidade (e bastaria um único sujeito ter interesse divergente dos demais para que não surgisse o interesse público); (vi) o interesse público não se confunde com o interesse da maioria dos sujeitos privados, já que em uma democracia tanto os interesses da maioria quanto das minorias devem ser tutelados (ou seja, o conceito de interesse público não se prende a critérios meramente quantitativos). Diante desta análise negativa, Marçal Justen Filho conclui que apenas alguns interesses podem ser qualificados como públicos, o que permite dividir duas categorias de interesses: os pertinentes à existência individual, egoística, cuja conjugação - ainda que esses interesses possam ser comuns a uma pluralidade de sujeitos - não faz surgir um interesse público e também dos interesses relativos a questões essenciais, os quais se configuram como públicos e dispensam o requisito da maioria. Noutras palavras, a distinção entre público e privado, na concepção do autor não reside em questões aritméticas, mas no fato de certos interesses envolverem a realização de valores fundamentais indisponíveis, como a dignidade da pessoa humana.

¹⁶⁰ Nesse sentido: MELLO, **Curso de direito administrativo**, p. 68, e RIBEIRO, Interesse público: um conceito jurídico determinável.

públicos porque abrigados pelo ordenamento jurídico (numa ideia, pois, de juridicidade), também seriam seguidos todos os passos indicados no item "a" para se verificar qual dos dois interesses *públicos* prevaleceria na hipótese concreta.

E sendo assim, para os fins deste estudo, **afasta-se, em conclusão, a possibilidade de se fundamentar a atividade de controle interno estatal em uma suposta *supremacia do interesse público*, que indicaria de forma abstrata o resultado do conflito entre interesse público e interesse individual em prol daquele, sem demandar alta carga argumentativa para justificar a decisão, inclusive, de se restringir um direito fundamental com base nessa cláusula geral. Noutras palavras, sempre que o controle interno - representando um interesse público - conflitar com um interesse ou direito individual, será necessário realizar processo de ponderação, à luz das circunstâncias do caso concreto.**

3. O DEVER DE BOA ADMINISTRAÇÃO

Da vinculação administrativa à juridicidade e do reconhecimento de um princípio implícito de tutela do interesse público, que indica a finalidade precípua da atuação estatal, é possível se retirar, como corolário, um dever imposto à Administração Pública em todos os aspectos de sua atuação: o dever de boa administração. De fato, considerando o que foi exposto nos tópicos anteriores e com apoio na doutrina de Paulo Otero¹⁶¹, é possível, neste ponto, fazer algumas ilações sobre a atuação administrativa: (i) a submissão estatal à juridicidade está sujeita a diferentes níveis (é mais rígida no caso de vinculação a regras e mais flexível no caso de vinculação a princípios), no entanto, o exercício da atividade administrativa nunca assume um caráter integralmente vinculado à juridicidade, uma vez que existem graus de autonomia administrativa permitidos por lei - a discricionariedade administrativa -, que permitem a escolha de uma solução dentre as várias possíveis dentro do parâmetro de normatividade; e (ii) o fato de a atividade administrativa estar teleologicamente subordinada à prossecução do interesse público exige níveis de eficiência, economicidade, otimização ou bom andamento por parte da Administração Pública, no seguinte sentido: (a) não é suficiente apenas administrar, mas deve-se buscar uma "ótima administração", vinculando-se a atuação estatal ao princípio da eficiência ou boa administração; (b) a boa administração envolve uma remissão a critérios não jurídicos de decisão (como princípios de gestão e de racionalidade econômico-financeira); (c) a Administração Pública não possui a faculdade de mal administrar e nem de ficar indiferente sobre o modo como prossegue o interesse público (a discricionariedade conferida pela lei

¹⁶¹ OTERO, **Manual de direito administrativo** op. 76 a 79.

pressupõe uma boa administração); (d) a própria exigência de prossecução do interesse público tem subjacente uma regra de ótima administração¹⁶².

Já à partida se deixa claro que a opção, especialmente em razão do objeto deste estudo, pelo tratamento do instituto jurídico como um dever estatal não afasta a possibilidade de se lhe reconhecer outras roupagens jurídicas - como se verá adiante, a "boa administração" também pode ser tratada como um direito fundamental dos cidadãos ou como um princípio de direito administrativo - uma vez que as diferentes abordagens parecem não se excluir, mas, ao contrário, aparentemente se interligam.

Feito este primeiro esclarecimento, passa-se à análise do que vem a ser a boa administração.

3.1. O surgimento da ideia de boa administração no contexto europeu

A concepção sobre a existência de um instituto (*princípio - dever - direito*) de "boa administração" começou a ser desenvolvida no cenário europeu na década de 1970, tendo culminado em sua inserção na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000 (Carta de Nice):

Artigo 41º - Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente:

– o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente,

¹⁶² No mesmo sentido, Freitas do Amaral (**Curso de direito administrativo.**) destaca que a obrigação de prosseguir o interesse público exige que a Administração adote, em relação a cada caso concreto, as melhores soluções possíveis, do ponto de vista administrativo (técnico e financeiro) - dever de boa administração. Segundo Jaime Rodríguez-Arana (El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea, **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 10, n. 40, p. 117 a 149, 2010), essa vinculação entre os deveres de prossecução do interesse público e de boa administração é possível porque a ideia de interesse público vem se abrindo a enfoques que carregam consigo um sentido de administração pública que sirva com objetividade aos interesses gerais, que efetivamente realize seu papel na garantia e na prestação de serviço público à sociedade. O autor alude, inclusive, a uma suposta evolução do Estado Social, no sentido de deixar de ser um mero prestador de serviços públicos para se tornar um garantidor de direitos e liberdades para o cidadão - para tanto, mostra-se necessário um conjunto de novas técnicas jurídicas que lhe permitam cumprir esta função. É o que Rodríguez-Arana denomina de Estado de Bem Estar Dinâmico, no qual mostra-se necessário construir um direito público que torne possível o livre desenvolvimento dos cidadãos e o pleno exercício dos direitos fundamentais por todas as pessoas, ou seja, um Estado garantidor (em contraposição ao Estado eminentemente prestador, o qual o autor denomina Estado de Bem-Estar estático) que traz consigo uma série de novos conceitos, novas categorias e novas instituições criados para aproximar o direito administrativo de um pensamento mais aberto, plural, dinâmico e complementar.

– o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,

– a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

Com a Carta de Nice, a boa administração, que vinha sendo construída como um princípio no contexto europeu^{163 164}, foi consagrada como um direito fundamental (previsto,

¹⁶³ De fato, tanto a Resolução (77) 31 sobre a proteção dos indivíduos contra atos das autoridades administrativas, aprovada em 1977 pelo Conselho da Europa, quanto a Recomendação nº R (80) 2 sobre o exercício dos poderes discricionários pela Administração, aprovada em 1980 pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, trouxeram princípios alusivos à atividade estatal que podem ser considerados como precursores da atual concepção de boa administração, tais como: (i) com relação aos administrados, os direitos de ser ouvido, de acesso à informação, de assistência e de representação, à fundamentação da decisão e o direito à informação sobre os meios de se contestar a decisão; e (ii) com relação à autoridade administrativa, os deveres de perseguir apenas os objetivos que lhe forem outorgados pelo poder discricionário, de atuar com objetividade e imparcialidade, de respeitar o princípio da igualdade, de manter um justo equilíbrio entre os eventuais prejuízos para os direitos, liberdades ou interesses das pessoas e o objetivo que persegue, de decidir em tempo razoável. Em 1992, o Tratado de Maastricht previu, em seu artigo 138º-E, a competência do Provedor de Justiça para receber queixas sobre casos de má administração na atuação das instituições, órgãos ou organismos da União Europeia (atribuição também prevista, posteriormente no artigo 228 do Tratado de Funcionamento da União Europeia). Em 2000, o tema voltou a ser objeto de atenção da União Europeia, com a aprovação de um regulamento interno de procedimentos para a Comissão, que contava com um anexo denominado Código de boa conduta administrativa para o pessoal da Comissão Europeia nas suas relações com o público. Em 2001, foi aprovado pelo Parlamento Europeu o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa (trazendo, em seu bojo, extenso rol de princípios que devem ser observados pelas Instituições e funcionários nas suas relações com o público), que passaria a servir de referência para a atuação do Provedor de Justiça Europeu no controle da má administração. Em 2007, o Conselho da Europa expediu a Recomendação CM/REC (2007)/7, na qual um dos considerandos indicava que a boa administração não se resumia a aspectos de legalidade, abarcando também preocupações quanto à eficiência e à prevenção da corrupção. Em 2012, o Provedor de Justiça da União Europeia publicou cinco princípios que devem nortear a atuação dos funcionários da União na sua relação com os cidadãos: (i) princípio de comprometimento com os fins de interesse público da União Europeia; (ii) princípio de integridade; (iii) princípio da objetividade (imparcialidade); (iv) princípio da urbanidade; e (v) princípio da transparência.

¹⁶⁴ RODRÍGUEZ-ARANA, El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. João Pedro Marques e Castro (**Princípios da boa administração, eficiência e economicidade**, Dissertação de mestrado, Universidade do Minho - Escola de Direito, Minho, 2015, p. 33) destaca ainda o relevante papel da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia na construção do conteúdo do que mais tarde viria a ser o artigo 41 da Carta de Nice; segundo o autor, considera-se em especial o Caso C-269/90, Technische Universität München vs Hauptzollamt München-Mitte. Em uma análise ainda mais abrangente, Vanice Regina Lírio do Valle (**Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa**, Tese de pós doutoramento em Administração, Fundação Getúlio Vargas - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Rio de Janeiro, 2010, p. 116 a 123) examina diversas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia (citadas no documento preparatório à aprovação da Carta de Nice) para compreender a contribuição da jurisprudência daquele órgão para a modelagem do direito fundamental à boa administração: (i) o caso 222/88, *Union Nationale des Entraîneurs et Cadres Techniques Professionnels du Football (Unectef) vs Georges Heylens* e outros, cuja análise centrou-se no devido

de forma sistemática, como um direito de cidadania), reforçando a ideia de que os indivíduos europeus possuem direitos fundamentais previstos na seara comunitária (os quais, no entanto, não excluem os direitos e as garantias internos)¹⁶⁵. Adquirem, assim, uma maior relevância no espaço jurídico europeu a organização e a atividade administrativa das instituições comunitárias bem como as relações entre estas e os cidadãos europeus, que, da previsão de um princípio organizativo e funcional da administração pública, passam a representar uma verdadeira e própria pretensão jurídica protegida pelo ordenamento.¹⁶⁶

processo procedimental, abrangendo as implicações entre o dever de fundamentação da decisão administrativa e a efetiva garantia do acesso à justiça; (ii) o caso 374/87, *Orkem vs Comissão das Comunidades Europeias*, no qual ficou assentado que existe de um núcleo central do direito de defesa (no qual se inclui o direito à não auto-incriminação) que deve ser assegurado mesmo nos procedimentos preparatórios do contencioso administrativo, sob pena de prejuízo insuperável quando do processamento do feito principal; (iii) o caso C-269/90, *Technische Universität München vs Hauptzollamt München-Mitte*, em que se reconheceu que a ordem jurídica comunitária garante, nos procedimentos administrativos, o dever de a instituição competente examinar cuidadosa e imparcialmente todos os aspectos relevantes da hipótese, o direito de o interessado expor seu ponto de vista na matéria e o direito a uma decisão fundamentada; (iv) o caso C-32/95 P, *Comissão das Comunidades Europeias vs Lisrestal - Organização Gestão de Restaurantes Colectivos Lda* e outros, que envolveu discussão sobre os limites do direito de defesa, tendo se decidido pela ampliação do direito de defesa a todos os potencialmente alcançados pelos efeitos e repercussões da decisão; (v) o caso C-255/90 P, *Jean-Louis Burban vs Parlamento Europeu*, no qual, pela primeira vez foi mencionado especificamente um direito à boa administração, compreendendo obrigação a da Administração de ter em conta o conjunto de elementos que possam determinar sua decisão, observados não só o interesse do serviço, mas também aquele do funcionário envolvido no litígio; (vi) caso T-167/94, *Detlef Nöelle vs Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias*, outro precedente relevante que indica expressamente o direito à boa administração; (vii) o caso T-231/97, *New Europe Consulting y Michael P. Brown vs Comissão das Comunidades Europeias*, que trata especialmente sobre instrução e fundamentação de decisões administrativas.

¹⁶⁵ MENDONÇA, Crystianne da Silva, **Direito fundamental à boa administração e à transparência pública: exigências para o controle social no estado democrático de direito**, Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016, p. 35.

¹⁶⁶ CELONE, Cristiano, A configuração inovadora do princípio da boa administração entre privados e autoridades públicas na União Europeia, **Revista de direitos fundamentais democráticos**, v. 22, n. 1, p. 24–45, 2017. No entanto, é necessário se ter em mente que a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece normas para a própria União e não para seus Estados-Membros (salvo nos casos de aplicação do direito comunitário pelos órgãos estatais, nos termos de seu artigo 51º, nº 1), de forma que não seria possível se afirmar, *a priori*, que a boa administração funcionaria como um princípio geral de direito da União Europeia, ainda que se entenda que os direitos assegurados na Carta geram impacto nas ordens internas de cada Estado-Membro, inspirando mudanças, funcionando como uma espécie de *soft law*. No entanto, desde dezembro de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (conforme seu artigo 6º, nº 1), a Carta dos Direitos Fundamentais passa a ter o mesmo valor jurídico que os tratados, tornando-se, pois, parâmetro de validade de todos os atos jurídicos europeus e de todos os atos de Estados-membros que concretizem ou afetem a normatividade de atos jurídicos europeus, de forma que os cidadãos europeus passam a ter um legítimo direito à boa administração dos seus assuntos por parte das instituições da União Europeia, ainda que apenas com relação às dimensões de direitos procedimentais e princípios procedimentais, já que se entendia que os *standards* de atuação não eram sindicáveis junto aos tribunais. Nesse sentido, Rui Manuel Moura Ramos (A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Alguns Aspectos, *in*: RIQUELMO, Ana Luisa *et al* (Orgs.), **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, Corpus Iuris Gentium Conimbrigae 2**, Faculdade de Direito de Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 50) destaca que, como a Carta Europeia se destina a reforçar a proteção dos direitos fundamentais, “parece indicado que a sua natureza jurídica deva ser a de um instrumento vinculativo, que ultrapasse ou ao menos precise o standard de protecção dos direitos fundamentais neste momento existente no âmbito da União.”

A doutrina vem entendendo que a previsão do artigo 41 traz, na verdade, um apanhado mínimo das garantias que os cidadãos da União Europeia possuem perante seus órgãos e instituições, que possam assegurar o exercício dos direitos de cidadania e servir como ponto de controle do poder, a partir do entendimento de que a observância das garantias procedimentais mínimas é condição imprescindível para que sejam examinados com cuidado e imparcialidade os elementos relevantes de cada caso. De fato, o direito à boa administração serve, ao mesmo tempo, como um instrumento jurídico de garantia dos direitos dos cidadãos e como um mecanismo extra de imposição à Administração Pública da observância das normas jurídicas por meio de uma gestão pública diligente, eficiente e eficaz e da prática de atos que visem atender interesses dos administrados e concretizar os valores e os direitos fundamentais que embasam o Estado Democrático de Direito.¹⁶⁷

A positivação de um direito estritamente procedimental-administrativo representou uma novidade no panorama jurídico internacional, não havendo, antes disso, aparecido em outros catálogos internacionais de direitos fundamentais da pessoa. Destaca-se a relevância democrática da previsão, que fornece ao cidadão europeu não só direitos políticos, civis e sociais, como também direitos e situações jurídicas subjetivas (de caráter administrativo principalmente), com o intuito de aproximá-los, em sentido participativo, dos processos decisórios das instituições e dos órgãos administrativos, além de afirmar um papel essencialmente funcional e servil dos aparatos públicos da União Europeia para atendimento dos indivíduos (superando a visão autorreferencial da administração, naquela configuração que a colocava em constante posição de supremacia frente aos administrados). Noutras palavras, a previsão da Carta de Nice promove a reconstrução da relação entre o indivíduo e a administração, afirmando a centralidade da pessoa diante do aparato administrativo público, no sentido de que seus direitos repercutem sobre as modalidades de desenvolvimento da função administrativa (e não o contrário), buscando ressignificar uma relação que era muitas vezes vista a partir da perspectiva do exercício do Poder, mais do que do desenvolvimento de um serviço ou de uma missão em relação ao cidadão e à coletividade.¹⁶⁸

Ultrapassado este breve relato histórico-normativo, passa-se a verificar, com mais vagar, em que consiste exatamente a concepção de "boa administração".

¹⁶⁷ FERNANDES, Karen Ilanit Vernier Nunes, **A discricionariedade administrativa face ao princípio da boa administração**, Dissertação de mestrado em Direito - Ciências Jurídico-Administrativas, Faculdade de Direito - Universidade do Porto, Porto, 2015, p. 28.

¹⁶⁸ CELONE, A configuração inovadora do princípio da boa administração entre privados e autoridades públicas na União Europeia. O autor destaca ainda a importância da previsão do artigo 41 da Carta de Nice na reconstrução da relação entre o indivíduo e a administração, afirmando a centralidade da pessoa diante do aparato administrativo público, no sentido de que seus direitos repercutem sobre as modalidades de desenvolvimento da função administrativa (e não o contrário), buscando ressignificar uma relação que era muitas vezes vista a partir da perspectiva do exercício do Poder, mais do que do desenvolvimento de um serviço ou de uma missão em relação ao cidadão e à coletividade.

3.2. O conteúdo da "boa administração no âmbito da da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

A ideia de boa administração inicialmente era tratada de forma muito aproximada do princípio da juridicidade e do princípio da eficiência administrativa (no Brasil, elevado a princípio administrativo constitucional expresso pela Emenda à Constituição nº 19/98), com especial preocupação de incorporação, nas decisões administrativas, de princípios de gestão e de racionalidade econômico-financeira¹⁶⁹. No entanto, o conceito de boa administração ultrapassa a mera ideia de eficiência, supera a legalidade e a juridicidade¹⁷⁰, abrangendo aspectos de urbanidade, civismo¹⁷¹, dever ético e integridade, a partir da noção de que o atendimento do interesse público¹⁷² é finalidade precípua da atuação do Estado, como visto no item anterior, e, por consequência, de que a atividade pública administrativa objetiva o atendimento do interesse geral.

Na realidade, o conceito de boa administração (e, por corolário, também o de má administração) é indeterminado¹⁷³, fluido, indefinido - de forma geral, a ideia é utilizada para compreender o conjunto de princípios e regras substanciais e processuais (não necessariamente judicializáveis) que deveria guiar e uniformizar a atuação administrativa

¹⁶⁹ SILVA, Clarissa Sampaio, O Direito Fundamental à Boa Administração: da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia às perspectivas de sua efetivação e controle nas ordens constitucionais de Portugal e Espanha - desenvolvimentos comparativos na realidade brasileira, **Sequência (Florianópolis)**, v. n. 82, 2019.

¹⁷⁰ João Pedro Marques e Castro (**Princípios da boa administração, eficiência e economicidade**, p. 33) assevera: "afigura-se possível e desejável tentar reconstruir, nessa perspectiva, o conceito de boa administração em novos e mais amplos moldes, como um conceito capaz de abarcar e, ao mesmo tempo, de transcender, tanto o conceito de juridicidade (= conformidade ao Direito), como os de eficácia e eficiência da Administração. Esta parece ser, na verdade, a única maneira de fazer corresponder do modo mais adequado e estabelecer ao conteúdo: acima de todas as regras e de todos os princípios, jurídicos e não jurídicos, a que a Administração deve obediência no desenvolvimento da sua atividade (entre os quais se há-de incluir, portanto, o da eficácia ou da eficiência, com a sua identidade própria), está o superconceito de boa administração. A boa administração haverá, pois, de resultar do equilíbrio entre as exigências de uma eficiência economicista e as exigências de juridicidade que são próprias de uma visão constitucionalmente adequada em função de ingredientes democráticos, participativos e axiológicos." Na verdade, segundo o autor, o conteúdo do artigo 41 da Carta de Nice se entrelaça com os princípios da moralidade, da eficiência, da motivação, da informação, da publicidade, da participação e da transparência.

¹⁷¹ GOMES, Carla Amado, Princípio da boa administração: tendência ou clássico?, **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 18, n. 73, p. 35–55, 2018.

¹⁷² João Pedro Marques Castro (**Princípios da boa administração, eficiência e economicidade**, p. 21) destaca que o dever de boa administração parece se traduzir na obrigação de prosseguir o interesse público apontando, em cada caso, as soluções mais eficientes, expeditas e racionais, seja do ponto de vista técnico seja do ponto de vista financeiro.

¹⁷³ FERNANDES, **A discricionariedade administrativa face ao princípio da boa administração**, p. 49. Nas palavras da autora (p. 51), a boa administração é "o ideal valorativo que o agente público deve perseguir quando no exercício do poder discricionário."

democrática¹⁷⁴ no sentido de melhor atendimento da finalidade pública. E, sendo assim, cabe retomar o tratamento da boa administração como uma fórmula-síntese ou mesmo, numa perspectiva de *direito à boa administração*, um *cluster right* (ou seja, um direito complexo formado por um feixe de direitos que dele se inferem e nele se incluem), o que torna necessário verificar seus elementos componentes. Um bom ponto de partida para esta análise é o conteúdo do artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

O artigo 41 é composto de um apanhado de posições defensivas garantidas aos cidadãos perante os órgãos e instituições da União Europeia, com o intuito de proteger os direitos de cidadania dos cidadãos europeus por meio da atuação de uma Administração Pública imparcial, célere, responsável, transparente, funcionalmente adequada e estruturada, eficaz e moldada à luz dos direitos fundamentais. Noutras palavras, é um feixe de direitos que traduz a posição central que a cidadania veio adquirindo no âmbito do direito administrativo (o cidadão deixa de ser um sujeito inerte frente ao poder para participar inclusive da definição do interesse geral)¹⁷⁵. E, muito embora se entenda que o elenco do artigo 41 não é taxativo (pois remete a uma ampla gama de garantias administrativas substantivas e procedimentais)¹⁷⁶, vale citar os direitos expressamente garantidos - direitos de tratamento e direitos de participação no processo de tomada de decisão (processuais e procedimentais), conformadores do *cluster right* da boa administração -, quais sejam¹⁷⁷: (i) o direito a um tratamento imparcial (que tem especial importância naqueles procedimentos em que há maior discricionariedade na decisão), equitativo, em prazo razoável e cuidadoso - em suma, o direito a ter uma boa decisão administrativa, reconhecendo-se, inclusive, que há um custo do tempo tanto para o administrado quanto para a sociedade de forma geral¹⁷⁸; (ii) o

¹⁷⁴ CELONE, A configuração inovadora do princípio da boa administração entre privados e autoridades públicas na União Europeia.

¹⁷⁵ RODRÍGUEZ-ARANA, El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. No mesmo sentido de o direito à boa administração, na verdade, incluir um feixe de outros direitos autônomos (que seria uma estratégia legislativa para integrar diversos direitos dos administrados em um estatuto jusfundamental de cidadania), veja-se a doutrina de Pedro Fernández Sánchez (O direito à boa administração como motor de reforma da legislação de contratação pública (a experiência portuguesa), **Interesse Público-IP**, ano 18, n. 99, p. 119 a 133, 2016): "se é certo que esses direitos poderiam ser tratados de modo autônomo – como tem sucedido em vários sistemas jurídicos –, a sua integração debaixo de um macrodireito à boa administração permitiu potenciar a tutela jurídica que os administrados obtêm quanto à forma e ao conteúdo das decisões adotadas pelos serviços públicos."

¹⁷⁶ FERNANDES, **A discricionariedade administrativa face ao princípio da boa administração**.

¹⁷⁷ Análise realizada, em especial, com fundamento na doutrina de CELONE, A configuração inovadora do princípio da boa administração entre privados e autoridades públicas na União Europeia, e de RODRÍGUEZ-ARANA, El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea.

¹⁷⁸ De fato, a partir do reconhecimento do direito a um processo com duração razoável é possível se inferir que a inércia da Administração e a incerteza do tempo da ação administrativa geram um elevado custo social e econômico para os cidadãos e para as empresas, desencorajando investimentos, de forma que procedimentos administrativos mais simplificados, céleres e com prazos bem definidos (e cumpridos) podem favorecer o desenvolvimento.

direito de ser ouvido antes que seja tomada contra si alguma medida desvantajosa, ou seja, o direito de participar em contraditório dos procedimentos administrativos, de ter a possibilidade de influenciar o prolator da decisão, o que gera, por consequência, o direito do destinatário de ser informado da propositura do procedimento e o dever da administração de apenas considerar como razões de sua decisão os elementos sobre os quais o interessado pode se manifestar; (iii) o direito de acesso aos autos de qualquer expediente que lhe afete, que é corolário tanto do direito de ser ouvido (tendo como seus únicos limites os direitos de privacidade, os interesses de confidencialidade e de segredo profissional e comercial - os quais, no entanto, em caso de conflito, serão ponderados com o direito de defesa do interessado) quanto da obrigatoriedade de a Administração estar a serviços de interesses gerais e de atuar com objetividade e transparência; (iv) o direito de conhecer os motivos da decisão, que gera para a Administração o dever de fundamentar suas decisões (o que legitima o exercício do poder), indicando de forma clara o percurso lógico seguido pela autoridade, os fatos examinados e considerados, as análises jurídicas realizadas para se chegar à decisão, de forma que os interessados possam conhecer as razões das medidas adotadas e defender suas posições jurídicas e que o juiz possa exercer o controle cabível; (v) o direito de se dirigir e de obter resposta das instituições da União Europeia em um dos idiomas oficiais dos tratados, demonstrando uma perspectiva de progressiva aproximação entre as instituições públicas e os cidadãos e de melhor compreensão dos processos decisórios (o que reforça, pois, o direito de participação no processo em contraditório); e (vi) o direito à reparação dos danos causados pela Administração, entendendo-se, com isso, que a lesão dos direitos que compõem o *cluster right* boa administração também possa ser fonte de responsabilização.

Os direitos elencados acima inegavelmente fazem parte do conceito de boa administração - até por sua previsão expressa no artigo 41 da Carta de Nice, parâmetro inicial de análise escolhido -, no entanto, representam um padrão mínimo de garantias que devem ser asseguradas nas relações entre os administrados e a Administração Pública.¹⁷⁹ Na realidade, é possível se reconhecer, na esteira da doutrina de Carla Amado Gomes, duas facetas da boa administração: (i) a faceta ética, que diz respeito à realocação do particular como usuário de um serviço público que deve ser prestado com cordialidade e eficiência, de forma que importam questões relacionadas ao civismo, à urbanidade, à ética, à probidade e

¹⁷⁹ Cristiano Celone (A configuração inovadora do princípio da boa administração entre privados e autoridades públicas na União Europeia.) assevera que o direito à boa administração tem objeto mais limitado que o princípio da boa administração, pois para este podem ser reconduzidos outros princípios que não caberiam naquele (como ex. princípios da boa ou saudável gestão financeira dos recursos, regras éticas de educação, cortesia, disponibilidade, atenção, solicitude, clareza e simplicidade da linguagem, normalmente não utilizáveis - essas regras estão hoje mencionadas no Código Europeu de Boa Conduta Administrativa e nos princípios do serviço público que deveriam inspirar os funcionários da União Europeia, adotado em 2012 como integração ao código)

à integridade dos funcionários, fatores que possuem relevo na seara funcional / disciplinar, mas não necessariamente na validade dos atos praticado; e (ii) a faceta jurídica, que tem fundamento no crescente fortalecimento dos aspectos procedimentais em uma administração democrática (partindo da ideia de que bons procedimentos são aptos a gerar boas decisões) e se refere questões relacionadas ao *due process / due procedure* (participação, contraditório, prazo razoável para a decisão, notificação, fundamentação, audiência prévia), que podem impactar na legalidade da atuação administrativa.¹⁸⁰

Realmente, a concepção de boa administração engloba tanto o conteúdo do princípio da legalidade ou da juridicidade - no sentido de que a boa administração se relaciona com a percepção do interesse público, devendo o gestor encontrar a melhor solução administrativa possível para atender à situação concreta e que esteja de acordo com o bloco de constitucionalidade - quanto o conteúdo do princípio da eficiência - a partir da ideia de que não basta à administração atuar, mas deve *atuar de certa maneira* (da melhor forma possível, para obter o melhor resultado que se possa atingir) sempre orientando suas atividades à concretização do interesse público, incorporando a exigência de boas práticas de gestão pública^{181 182}.

¹⁸⁰ GOMES, Princípio da boa administração: tendência ou clássico? A autora destaca que na União Europeia, a faceta ética é controlada pelo Provedor de Justiça e diz respeito às recomendações referentes a condutas que configuram *maladministration* e eventual responsabilização disciplinar dos agentes públicos; a faceta jurídica é controlada pelos Tribunais e pode gerar invalidade ou anulação dos atos controlados. Além disso, aduz que essa abrangência e heterogeneidade do conceito de boa administração não permitem ampliar o controle dos tribunais para uma legalidade ampla (que inclua também aspectos de ética, de eficiência ou da oportunidade e conveniência administrativa) - veja-se o seguinte trecho: "Este quadro duplamente bifronte – “boa administração” como ética de serviço e como padrão de legalidade da actuação administrativa; “boa administração” como serviço público de qualidade e como procedimento equitativo – causa alguma perturbação, em razão da sua abrangência e heterogeneidade. Nomeadamente, pode fazer irromper a boa administração como um padrão de controlo uniforme (leia-se: pelos tribunais) de uma legalidade ampla (que inclui aspectos de ética, de eficiência e de legalidade), o que não deve aceitar-se – e os tribunais, que julgam a legalidade da conduta administrativa, de facto, como se viu, recusam."

¹⁸¹ ISMAIL FILHO, Salomão, Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente, **Revista de Direito Administrativo**, v. 277, n. 3, p. 105 a 137, 2018. O autor destaca que, no Brasil, esta vinculação da boa administração com o princípio da eficiência é inegável, em razão do disposto no *caput* do artigo 37 e no inciso II do artigo 74 da Constituição brasileira, que trata do controle interno dos poderes legislativo, executivo e judiciário e prevê a avaliação de resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial.

¹⁸² Vale ressaltar que a ideia de eficiência determina que o gestor busque utilizar da melhor forma possível o orçamento público de que dispõe, exigindo uma cultura de gestão pública, de forma que os administradores possam atuar como verdadeiros gestores, em obediência ao princípio da legalidade, mas sem olvidar a possibilidade de soluções criativas e produtivos. No entanto, no Brasil atualmente se vem discutindo um fenômeno denominado de "apagão das canetas" em que se debate que o excesso de rigor na análise e a multiplicidade de interpretações sobre a atuação dos gestores pelos órgãos de controle, em especial, tem causado uma atuação muito receosa, pouco inovadora e a destempo, incompatível com a eficiência que se espera da Administração Pública. Nesse sentido, veja-se, a título de exemplo: DE OLIVEIRA, Rafael Sérgio, **A segurança jurídica e a qualidade das contratações públicas no contexto do marco legal brasileiro**, disponível em <http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_17.pdf>, acesso em 02 dez. 2019; MUNDIM, Guilherme Abdallah, **"Apagão das canetas": gestor público, controle e mídia**,

Muitos autores ainda agregam à boa administração a concepção de governança pública - abrangeria, pois, uma noção de administração capaz de identificar as necessidades reais da sociedade e utilizar os mecanismos cabíveis para atendê-las de forma ágil, por meio de um modelo de gestão que propicie o desenvolvimento sustentável e que se volte a alcançar a estabilidade das instituições políticas e sociais por meio do fortalecimento do Estado de Direito e da sociedade civil e do aumento da participação social plural¹⁸³. Há que se lembrar, entretanto, que o conceito de *boa governança* não se limita a uma definição jurídica, englobando também elementos da ciência da administração e da economia (enquanto a ideia de boa administração se vincularia estritamente ao sentido jurídico, relacionando-se com uma série de direitos reconhecidos em prol do administrado e princípios constitucionais que levam a uma atividade mais transparente, legítima e efetiva)¹⁸⁴, razão pela qual, entende-se, há que

Trabalho Individual de Conclusão apresentado como requisito para a obtenção do título de Mestre em Gestão e Políticas Públicas, Fundação Getúlio Vargas - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, São Paulo, 2020; GABRIEL, Yasser, **Responsabilização do gestor de boa-fé no TCU**, JOTA Info, disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/responsabilizacao-do-gestor-de-bofa-no-tcu-26062019>>, acesso em: 8 ago. 2019; DANTAS, Fernando, **Medo e confusão na equipe econômica**, disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/blogs/fernando-dantas/medo-e-confusao-na-equipe-economica/>> acesso em: 02 abr. 2020.

¹⁸³ Nesse sentido, veja-se: OLIVEIRA, Gustavo Justino de; VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes, Administração Pública brasileira e os 20 anos da Constituição de 1988: momento de predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa administração pública, **Forum administrativo**, n. 95, ano 9, 2009. Segundo os autores, "o modelo de Governança Pública surgiu com o objetivo de apresentar respostas às questões pertinentes à governabilidade de sociedades complexas, à capacidade de financiamentos do moderno Estado social e à legitimidade estatal", aparecendo como uma alternativa às estruturas hierarquizadas de governo e exigindo maior eficácia, atuação com capacidade máxima e respeito às normas e valores intrínsecos na sociedade democrática. No atual contexto, a governança pública aparece em meio a uma transição de um Estado ativo para um Estado ativador, ou seja, que convoca outros agentes para auxiliá-lo nesta função. Pedro Costa Gonçalves (Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da "new public governance", in: **O governo da Administração Pública**, Coimbra: Almedina, 2013, ebook) indica os seguintes valores como nortes para uma boa governação do sistema administrativo: (i) separação entre política e administração; (ii) estabilidade dos modelos de estruturação do sistema administrativo; (iii) autonomia de gestão da Administração Pública; (iv) responsabilidade da Administração Pública pelos resultados produzidos; (v) Administração Pública democrática; (vi) Administração Pública em rede, mas coordenada; (vii) Administração Pública colaborante com o setor privado; (viii) Administração Pública subsidiária em relação à iniciativa da sociedade civil.

¹⁸⁴ ISMAIL FILHO, Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente. No entanto, o autor entende que é possível se agregar alguns postulados teóricos da boa governança ao conceito de boa administração: (i) a governança pública pressupõe tratar os destinatários do serviço público não como simples consumidores, mas antes de tudo como cidadãos; (ii) em razão disso, existe a permanente necessidade de *accountability* durante o período do mandato do decisor político e não apenas no período da campanha eleitoral; (iii) independentemente do resultado ou da eficácia, é preciso atuar de forma permanente para a satisfação do cliente (ou seja, do cidadão), sempre tendo por meta contribuir para que o cidadão tenha uma vida melhor; (iv) não se deve diferenciar o gestor político do gestor administrativo no que se refere ao comprometimento com o bom andamento do serviço público e ao atendimento dos interesses da população (traz-se, assim, a ideia de que decisão política governamental pode ser suscetível de controle e de questionamento); (v) a gestão do decisor político deve primar por decisões visando a eficiência dos serviços prestados e a ideia de prestação de contas/transparência deve estar sempre presente em qualquer outra esfera administrativa de decisão, pois é necessário que exista uma preocupação permanente com o destinatário do serviço (cidadão); (vi) a boa governança significa, pois, governar com transparência,

se ter parcimônia com relação a este elastecimento da concepção para englobar de forma geral a boa governança, especialmente quando se trabalhar com a ideia de direito fundamental (e, por corolário, com os limites da justiciabilidade dos seus elementos formadores).

Diante do exposto, é possível conceber a boa administração como uma fórmula-síntese enformada pelos seguintes elementos mínimos: (i) princípio da legalidade ou da juridicidade; (ii) princípio de tutela do interesse público; (iii) princípio da eficiência; (iv) dimensão ético-funcional, referente tanto à probidade e à integridade quanto aos deveres funcionais dos agentes públicos em sua atuação na atividade pública (englobando, pois, o princípio da moralidade administrativa¹⁸⁵); (v) dimensão do tratamento do administrado como verdadeiro titular do poder público e elemento de integração do interesse público, o que demanda da Administração saber reconhecer as reais necessidades sociais e atuar para atendê-las na melhor medida possível, ter transparência em suas atividades, prestar o serviço público com urbanidade, civismo, objetividade, qualidade e eficiência, assim como dispensar ao administrado tratamento imparcial, equitativo e em prazo razoável; (vi) dimensão do tratamento do cidadão como efetivo participante dos processos e procedimentos administrativos, por meio da qual se lhe garantem os direitos de ser ouvido, de poder influenciar na tomada de decisão, de ter acesso aos autos de qualquer expediente administrativo que lhe afete, de conhecer os fundamentos das decisões administrativas, de

tomando decisões fundamentadas, onde o usuário de serviço público, sempre que possível, deve ser ouvido e deve ter acesso aos motivos ensejadores da decisão governamental, devendo se ter em conta a permanente necessidade de prestação de contas (accountability) - e sendo assim, há a necessidade de um planejamento prévio das decisões administrativas e de um diálogo permanente entre os executivos do serviço público (administradores ou gestores públicos) e os usuários/ destinatários da prestação; (vii) são características de boa governança, segundo *The Chartered Institute of Public Finance and Accountability* (CIFPA) o consenso, a participação, a efetividade/eficiência, o *accountability*, a equidade e a inclusão, a transparência, a responsabilidade e, por fim, a cumprimento da lei (lembrando que em outros estudos sobre o tema, a ONU defende a democracia participativa, uma vez que a democracia representativa não seria suficiente para pôr em prática todos os valores exigidos pela boa governança); (viii) a boa governança diminui casos de corrupção no serviço público; e (ix) a boa governança faz com que o gestor passe a levar em conta o direito das minorias no processo de tomada de decisões. O autor ainda ressalta que a boa governança deve ser aplicada paulatinamente, uma vez que é necessário desenvolver uma cultura contínua de bom governo, por meio de instituições fortes e responsáveis pelo desenvolvimento de uma nova forma de compreender e vivenciar a administração pública (modificação da cultura institucional).

¹⁸⁵ Karen Ilanit Vernier Nunes Fernandes (**A discricionariedade administrativa face ao princípio da boa administração**, p. 34) destaca o contributo de Maurice Hariou nesse sentido: "Maurice Hauriou, considerado o pioneiro a aventar a ideia da boa administração pública, expôs a necessidade de observância da moralidade administrativa, através do cumprimento das regras de conduta pertencentes à disciplina interna da Administração Pública, tanto pela Administração como por seus agentes. Para Hauriou, o agente público deve respeito não só à lei, mas também aos preceitos éticos, oriundos da instituição a que serve e da finalidade de sua ação, qual seja, o bem comum. E, ao agir, o agente deve saber distinguir tanto o bem do mal como o justo do injusto, o lícito do ilícito, o honesto do desonesto, o conveniente do inconveniente. Dessa forma, sempre que o agente conseguisse atender na plenitude ao interesse público tutelado pela norma jurídica, dar-se-ia a boa administração." (HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 10ª ed., Paris: Recueil Sirey, 1921, p.14; pp. 352-353.)

que o processo ou procedimento não ultrapasse prazo de duração razoável e o direito de que a Administração se dirija a ele em linguagem clara e compreensível (linguagem-cidadã¹⁸⁶); (vii) dimensão de responsabilidade administrativa, que determina a possibilidade de se buscar reparação dos danos causados pela atuação administrativa.

3.3. O direito à boa administração no ordenamento jurídico interno de Portugal

Ainda que atualmente o artigo 41 da Carta de Nice seja utilizado como principal parâmetro para se falar sobre boa administração, é importante destacar que alguns Estados-membros da União Europeia, como Portugal, Espanha¹⁸⁷ e Itália¹⁸⁸, possuem previsão da boa administração em seus ordenamentos jurídicos internos - neste tópico será abordado com mais vagar o contexto português, que posteriormente também servirá de parâmetro para a análise da situação no ordenamento jurídico brasileiro.

No âmbito português, a boa administração não está prevista expressamente na Constituição, embora se entenda possível extraí-la, como um princípio constitucional implícito, das previsões conjugadas dos seguintes preceitos: (i) artigo 266, nº 2, que trata dos princípios fundamentais da Administração e prevê que os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar com observância dos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé; (ii) artigo 267, que prevê que a Administração deve ser estruturada de modo a evitar a burocratização e a aproximar os serviços das populações, assegurar a participação dos interessados na sua

¹⁸⁶ O termo aqui é utilizado no mesmo sentido dado na Instrução Normativa da Ouvidoria-Geral da União nº 5, de 18 de junho de 2018 (artigo 3º, X): "linguagem simples, clara, concisa e objetiva, que considera o contexto sociocultural do usuário, de forma a facilitar a comunicação e o mútuo entendimento."

¹⁸⁷ A boa administração também não tem previsão expressa na Constituição espanhola, no entanto, pode ser enxergada como um princípio constitucional implícito, inferido a partir da previsão do: (i) artigo 103.1, que prevê que a Administração Pública serve com objetividade os interesses gerais e atua de acordo com os princípios da eficácia, da hierarquia, da descentralização, de desconcentração e da coordenação, subordinando-se à lei e ao direito; (ii) artigo 98.3 e 98.4, bem como 103.3 que indicam que os membros do governo e o pessoal da Administração Pública devem atuar de forma impessoal e abstrata, com vistas à realização do bem comum, afastados de seus interesses privados; (iii) do artigo 105, "a" e "c" que trata da participação do cidadão na esfera administrativa por meio do direito de audiência; e (iv) do artigo 129 que atribui ao legislador o estabelecimento das formas de participação dos cidadãos nas atividades dos organismos públicos. Ressalte-se, porém, que a Ley 19/2013 - denominada "Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno" (LTBG) traz um título exclusivo sobre "buen gobierno" (Título II, artigos 25 a 32), havendo que se destacar a previsão do artigo 26, que elenca os princípios de bom governo que devem ser observados no exercício da atividade pública.

¹⁸⁸ A Constituição italiana também não prevê expressamente a boa administração, mas entende-se possível retirar a ideia a partir da previsão do artigo 97, que prevê gestão administrativa de acordo com a lei, atuação administrativa com equilíbrio dos orçamentos e sustentabilidade da dívida pública, assegura o bom andamento e a imparcialidade da administração, bem como a responsabilidade dos agentes públicos.

gestão efetiva, especialmente por meio de representação democrática e assegurar a racionalização de meios no processamento da atividade administrativa (o que é consentâneo com a razoável duração do processo); e (iii) artigo 268, que prevê expressamente os direitos e garantias do administrado, quais sejam: de ser informado, de ter acesso à informação, de ser notificado de atos administrativos que lhe digam respeito, de que as decisões administrativas sejam motivadas, de tutela jurisdicional dos direitos e interesses legalmente protegidos, de impugnação de normas administrativas e de obter resposta da Administração em prazo máximo fixado em lei.

Mas, além disso, a boa administração está prevista expressamente no artigo 5º do Código de Procedimento Administrativo (CPA) português, como um princípio:

Artigo 5º. Princípio da boa administração

1 - A Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, a Administração Pública deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações de forma não burocratizada.

Segundo o preâmbulo do CPA, integram-se no princípio da boa administração os princípios constitucionais da eficiência, da aproximação dos serviços das populações e da desburocratização. Liga-se, pois, à lógica de colaboração entre o cidadão e a organização que presta o serviço público, afastando-se assim da antiga postura adversarial (administração agressiva) e conferindo maior poder ao cidadão por meio da formação de um estatuto de cidadania procedimental, que acaba desaguando em um "direito ao procedimento" (nos termos do artigo 161º, nº 2 do CPA¹⁸⁹), o qual pode gerar a nulidade do ato praticado sem sua observância.¹⁹⁰

¹⁸⁹ *Verbis*: "2 - São, designadamente, nulos: a) Os atos viciados de usurpação de poder; b) Os atos estranhos às atribuições dos ministérios, ou das pessoas coletivas referidas no artigo 2.º, em que o seu autor se integre; c) Os atos cujo objeto ou conteúdo seja impossível, ininteligível ou constitua ou seja determinado pela prática de um crime; d) Os atos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental; e) Os atos praticados com desvio de poder para fins de interesse privado; f) Os atos praticados sob coação física ou sob coação moral; g) Os atos que careçam em absoluto de forma legal; h) As deliberações de órgãos colegiais tomadas tumultuosamente ou com inobservância do quorum ou da maioria legalmente exigidos; i) Os atos que ofendam os casos julgados; j) Os atos certificativos de factos inverídicos ou inexistentes; k) Os atos que criem obrigações pecuniárias não previstas na lei; l) Os atos praticados, salvo em estado de necessidade, com preterição total do procedimento legalmente exigido."

¹⁹⁰ GOMES, Princípio da boa administração: tendência ou clássico?. Nas palavras da autora: "A boa administração equivale, portanto, a uma realidade de dupla natureza e de dupla dimensão: no âmbito objectivo, fazer boa administração é prosseguir o interesse público tendo em atenção padrões de juridicidade e de economicidade; do lado subjectivo, o princípio da boa administração revela-se, por um lado, substancialista, no sentido de dever conduzir à produção de decisões materialmente justas e, por outro lado, formalista, na perspectiva de promover a concretização de garantias procedimentais. A primeira vertente prende-se tanto com a legalidade como com a eficiência, o que provoca cisão quanto ao controlo de resultados pelos tribunais administrativos; a segunda vertente está associada

A previsão do princípio da boa administração no CPA, portanto, vincula a conduta administrativa a preceitos relacionados com o aperfeiçoamento e com a efetivação do compromisso com a coletividade na busca da concretização do interesse público. Assim, no âmbito do ordenamento jurídico português, para a administração ser qualificada como *boa administração* deve atuar de maneira simplificada e desburocratizada, com impessoalidade, honestidade, eficiência, economicidade, celeridade, transparência, ética e justiça, de forma a cumprir a contento o seu papel de poder que promove e garante os direitos fundamentais - com isso, a Administração passa a ter o *dever* de buscar a constante melhoria do aparelho administrativo (por meio da modernização administrativa e desburocratização dos procedimentos), a maior aproximação entre os serviços públicos e os cidadãos, de forma a assegurar uma participação mais ativa destes¹⁹¹, e cada vez mais altos padrões de ética e probidade na prestação dos serviços públicos. Há que se ressaltar, entretanto, que há críticas na doutrina portuguesa sobre o texto do CPA, que teria sido muito reducionista, densificando muito pouco o princípio, (especialmente em comparação com a forma como vem sendo entendido no âmbito da União Europeia)¹⁹², além da discussão sobre os parâmetros de justiciabilidade do princípio da boa administração, entendendo-se que a previsão expressa do princípio no CPA não amplia a possibilidade de controle pelos tribunais quanto aos aspectos meritórios do ato administrativo¹⁹³.

às vinculações principiológicas e procedimentais da acção administrativa, sendo no âmbito desta que se pode eventualmente falar num "direito à boa administração".

¹⁹¹ FERNANDES, **A discricionariedade administrativa face ao princípio da boa administração**. Carla Amado Gomes (Princípio da boa administração: tendência ou clássico?) indica alguns princípios que são vinculações incontestáveis da boa administração: (i) legalidade; (ii) igualdade; (iii) imparcialidade (à qual corresponde um dever de objetividade na análise dos elementos procedimentais, inclusive quanto à instrução, valoração das provas e observância do contraditório); (iv) proporcionalidade; (v) boa-fé; e (vi) o dever de prolatar a decisão administrativa em prazo razoável (nos termos do artigo 59 do CPA). Da mesma forma, João Pedro Marques e Castro (**Princípios da boa administração, eficiência e economicidade**, p. 66) indica alguns parâmetros que devem ser relacionados com a boa administração: (i) princípio geral da adequação procedimental (artigo 56 CPA); (ii) dever de celeridade (artigo 59 CPA); (iii) cooperação e boa-fé procedimental (artigo 60 CPA); (iv) administração eletrônica; (v) desmaterialização do procedimento administrativo; (vi) continuidade e flexibilidade dos serviços públicos; (vii) contínua formação dos trabalhadores da Administração Pública; (viii) proteção e preservação dos bens públicos.

¹⁹² A título de exemplo, veja-se CASTRO, **Princípios da boa administração, eficiência e economicidade**, p. 67, e QUADROS, Fausto de, *As principais inovações do projeto do CPA, Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 100, p. 100 a 128, 2013.

¹⁹³ CASTRO, **Princípios da boa administração, eficiência e economicidade**, p. 79 a 81. Segundo o autor: "estamos aqui perante uma norma de ação (para a Administração), não perante uma norma de controlo (pelos Tribunais)"; "nada recomenda que se designe os tribunais como decisores últimos sobre o que seja a melhor («a mais conveniente») forma de prossecução dos diversos interesses públicos a cargo da Administração», pois mesmo que reconheça à eficácia uma natureza jurídica, e louvando-se em Vieira de Andrade, continua a não competir ao juiz administrativo «julgar a eficiência dos meios ou avaliar os resultados» da atuação administrativa em função de padrões tecnicamente estabelecidos ou politicamente anunciados ou fixados." Lembra ainda o autor que os juízes não estão nem constitucionalmente habilitados nem democraticamente legitimados a administrar.

Considerando o arcabouço normativo exposto acima, alguns autores vêm entendendo que não é possível se falar em *direito* à boa administração no âmbito do ordenamento jurídico português - o que há, em verdade, é um princípio norteador da atuação administrativa, capaz de gerar para a Administração um dever de observância¹⁹⁴, mas não uma posição subjetiva capaz de vincular juridicamente a Administração Pública por meio de mecanismos juridicamente acionáveis¹⁹⁵.

Nesse sentido, ao que parece, segue com acerto Pedro Cruz e Silva que defende que a boa administração seria, nesse contexto, um repositório de valores ou de ideais axiologicamente estruturantes da organização e do funcionamento das Administrações Públicas, que não teria caráter inflexível, já que é materialmente flutuante ou variável em razão das opções políticas ou legislativas (não impeditivo, entretanto, de haver uma continuidade permanente de valores inerentes à própria função administrativa), o que contribui decisivamente para distinguir a atividade administrativa da atividade privada e que, por outro lado, engloba em sua conformação valores jurídicos justiciabilizáveis, valores jurídicos não justiciabilizáveis e até valores não jurídicos. Assim, a boa administração seria entendida como um acervo de valores (alguns com *status* constitucional, outros apenas legal), que constitui ele mesmo um repositório último da função administrativa - faz-se coro à crítica, pois, de que a densificação da boa administração no artigo 5º do CPA é redutora e fica muito aquém de sua auspiciosa epígrafe "princípio da boa administração".¹⁹⁶

¹⁹⁴ SILVA, Pedro Cruz, Uma análise (também crítica) do “novo” princípio da boa administração no projecto de revisão do Código de Procedimento Administrativo, *in*: **Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho - vol. II. Ética e Direito**, Minho: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2013, p. 125 a 136.

¹⁹⁵ SÁNCHEZ, O direito à boa administração como motor de reforma da legislação de contratação pública (a experiência portuguesa). Sobre a previsão da boa administração como um princípio no CPA, o autor comenta: "Observa-se, contudo, que, por um lado, esse teor não é sequer inovador, correspondendo ao conteúdo normativo que antes era meramente denominado como 'princípio da desburocratização e da eficiência', previsto no artigo 10º do anterior Código (de 1991). Por outro lado, mais importante é notar que tal conteúdo normativo, ficando consagrado como princípio objetivo, não obteve correspondência em qualquer direito subjetivo justiciável, invocável pelos particulares contra a Administração através de um mecanismo acionável em Tribunal." No mesmo sentido, Carla Amado Gomes (Princípio da boa administração: tendência ou clássico?) destaca: "Isto não significa, no entanto, que se possa falar num 'direito à boa administração' – não só em razão da grande abrangência e heterogeneidade que caracteriza a noção, como porque se pode correr o risco de fazer resvalar o controlo de juridicidade para um controlo de mérito da actuação administrativa. A boa administração é um conceito “de fachada”, sindicável através das suas concretizações particulares, que são fundamentalmente procedimentais (...)"

¹⁹⁶ SILVA, Uma análise (também crítica) do “novo” princípio da boa administração no projecto de revisão do Código de Procedimento Administrativo. Segundo o autor, procurar reduzir a boa administração a parâmetros apenas jurídicos pode ter como consequência uma formalização ou uma procedimentalização excessiva da decisão administrativa; e, na verdade, a atividade administrativa só poderia ser condicionada por padrões que assegurem um critério finalístico de boa administração, ou seja, mais importante do que o *iter* procedimental (que tem natureza instrumental) estaria a capacidade de a Administração Pública satisfazer as necessidades coletivas que, a cada momento político, estiverem a seu cargo. Dessa forma, trata-se de um novo conceito de boa administração integrado por componentes jurídicos (igualdade e não-discriminação, imparcialidade, respeito pelos direitos de

3.4. O direito à boa administração no ordenamento jurídico brasileiro: princípio, direito ou dever?

Assim como ocorre no âmbito português, a Constituição brasileira também não traz previsão expressa sobre boa administração; no entanto, diferente do parâmetro normativo luso, no Brasil não existe norma infraconstitucional que defina a boa administração no âmbito do ordenamento jurídico interno, muito embora diversos autores defendam ser possível se inferir do texto constitucional a existência de um princípio implícito, de um dever administrativo e até mesmo de um direito fundamental implicitamente tutelado. Com efeito, como adiantado, embora este estudo dê enfoque à *boa administração* especialmente como um *dever* da Administração Pública, não se afasta a possibilidade de se lhe reconhecer outras roupagens jurídicas¹⁹⁷ (ou dimensões¹⁹⁸).

Propõe-se, pois, que a análise tome como ponto de partida a doutrina de Rogério Ehrhardt Soares e a ideia da boa administração como um *dever* decorrente do princípio da tutela do interesse público. Segundo o autor, é necessário ter em mente que a Administração Pública atua por meio de poderes, aos quais se encontra conexo um elemento de "deverosidade", que diz respeito ao exercício desse poder, traduzindo a necessidade de levar a cabo determinado comportamento conforme disposto na ordem jurídica (por isso parte da doutrina fala em "poder-dever") - nesse sentido, é possível se afirmar que a função pública se constitui de um poder e de um dever ou de uma *potestas* e de um *munus*. Por outro lado, como visto, a atuação administrativa está vinculada ao atendimento do interesse público (de forma que o interesse público funciona como limite interno da atividade administrativa); em razão disso, entende-se que o exercício dos poderes administrativos liga-se ao dever representado pelo fim de alcançar o interesse público, ou seja, o dever de prosseguir o fim para o qual o poder foi concedido (logo, alcançar esse fim não está na margem de livre disposição do sujeito). Daí ser possível afirmar que o agente não pode se desinteressar pelo exercício do poder quando presentes as circunstâncias que justificam esse exercício, ou seja, a Administração Pública sempre tem o dever de atuar quando for identificada a existência

defesa e proibição da decisão surpresa, direito de participação ativa no procedimento, dever de fundamentação das decisões que afetam a esfera jurídica dos cidadãos, direito notificação das decisões, direito de obter informações e esclarecimentos, direito de acesso aos documentos) e não jurídicos (acessibilidade, efetividade, continuidade, poupança, simplificação, flexibilidade).

¹⁹⁷ Crystianne da Silva Mendonça (**Direito fundamental à boa administração e à transparência pública: exigências para o controle social no estado democrático de direito**, p. 39 e 40) defende a natureza jurídica polifacética da boa administração: princípio a ser observado pelos agentes públicos no exercício da função administrativa, dever do Estado e direito fundamental do cidadão.

¹⁹⁸ Conforme terminologia utilizada por FERNANDES, **A discricionariedade administrativa face ao princípio da boa administração**, p. 31.

real de uma necessidade pública, cabendo ao administrador adequar os poderes que lhe foram concedidos para alcançar tal desiderato. Ocorre que o dever funcional da Administração tem conteúdo ainda mais amplo do que o simples dever de atuar - engloba também a obrigação de *atuar de certa maneira*, uma vez que todo o dever que é imposto à Administração está ligado à ideia do fim que deverá ser atingido. Por isso é que o dever que se impõe à Administração não é apenas o dever de administrar, mas sim o *dever de boa administração* - e, sendo assim, a escolha dos meios para se atingir o fim público não é indiferente, deverá ser a do meio mais conveniente, mais justo, que melhor possa satisfazer a necessidade final.¹⁹⁹ Em suma, a boa administração configura um autêntico *dever jurídico* - o que, no entanto, não deve ser visto como uma exigência técnica ou como uma imposição para alcançar um fim (pois isso pressuporia a liberdade de escolha do agente entre os fins e a liberdade de os satisfazer ou não), nem como um mero dever ético ou deontológico; na verdade, a imposição do dever jurídico de boa administração tem como escopo determinar uma conduta de adequação ao fim legal exclusivamente porque esse é um instrumento indispensável para que o interesse público possa ser satisfeito. A base jurídica desse dever de boa administração está, pois, nos preceitos jurídicos concretos que concedem poderes ao agente administrativo, uma vez que essa concessão é efetuada ao mesmo tempo que a imposição do dever de exercitar aquele poder segundo o fim previsto (isto é, atuar de *certa maneira*), ou seja, o poder é concedido ao agente público na medida exata em que é necessário para satisfazer aquele interesse público que se quis tutelar.²⁰⁰

¹⁹⁹ SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt, **Interesse público, legalidade e mérito**, Coimbra: Livraria Petrony, 1955, p. 179 a 181, 185, 189. Adiante (p. 190 a 195) o autor destaca a diferença - em termos de deverosidade - nas atuações administrativas vinculadas e discricionárias: (i) nas vinculadas, o legislador, que confere o poder, cristaliza a regra de agir do agente, ou seja, o agente recebe sua conduta totalmente pré-configurada (caso em que o dever de boa administração se confundiria com o dever de administração, já que o bom administrador seria o legislador); (ii) nas discricionárias, o sujeito é remetido para regras não jurídicas (as quais podem estar escritas, contidas em preceitos internos, resultarem de práticas ou costumes administrativos ou ainda serem encontradas na consciência geral da sociedade), que devem ser utilizadas de forma que melhor satisfaça o interesse da lei; ou seja, nos atos discricionários, o legislador confia que o agente conhece as regras da sua função e que sabe fazer uso proveitoso delas para atender ao interesse público concreto. Ocorre que, é sabido, não existem situações de vinculação administrativa total; em qualquer atuação administrativa sempre há algum elemento do ato que tem ao menos uma parcela mínima de discricionariedade - daí que o principal dever de boa administração consista na necessidade de o agente individualizar a diretiva para cada caso concreto e colocá-la em prática. Em alguns casos, o processo de individualização dessa diretiva é simples, estará previsto em alguma norma interna, por exemplo; no entanto, em outros será necessário buscar essa diretiva com apoio em conhecimentos técnicos extraídos de certa(s) ciência(s), caso em que o processo de escolha é menos elástico, ou ainda será necessário recorrer a *standards* jurídicos, cláusulas gerais, conceitos indeterminados etc, partindo de valores latentes em uma determinada sociedade. Por isso é tão importante que o agente administrativo saiba identificar o rumo a ser tomado no caso concreto, para que sua atuação se volte a um processo fundamentalmente teleológico, assumindo essencial importância, pois, o fim de interesse público que o agente se propõe a realizar.

²⁰⁰ *Ibid*, p. 198. Ressalte-se, entretanto, que há quem entenda que o dever de boa administração é derivado do direito a uma boa administração - nesse sentido, veja-se: FERNANDES, **A discricionariedade administrativa face ao princípio da boa administração**, p. 37.

Ou seja, o ordenamento jurídico confere ao agente público, como uma espécie de contraponto aos poderes que lhe são outorgados no exercício de sua função pública, deveres jurídicos para garantir que esta atuação se dê no sentido de cumprir os fins públicos definidos, promover a realização das necessidades sociais (especialmente a proteção e a promoção dos direitos fundamentais) e alcançar o bem da coletividade. Daí se retira o *dever de boa administração*, que engloba não apenas o fim, mas também os meios de gerir os bens e serviços públicos (da melhor forma para atender o interesse público) - e o parâmetro mínimo exigido nesta atuação, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, é a obediência à juridicidade, à moralidade (à ética, à probidade e à integridade), à impessoalidade, à transparência, à publicidade, à eficiência, à motivação²⁰¹, à proporcionalidade, à finalidade pública, à ampla defesa, ao contraditório, à segurança jurídica e ao interesse público (nos termos do artigo 37, *caput*, da Constituição²⁰² e do artigo 2º da Lei nº 9.784/99²⁰³). Nesse sentido, é possível verificar como a observância dos princípios da legalidade ou da juridicidade, da eficiência e da tutela do interesse público na consecução da atividade administrativa também se materializam em deveres de observância pela Administração Pública. Da mesma forma, pela mesma *ratio*, também é possível conferir tal sentido de deverosidade à dimensão da boa administração referente ao tratamento do administrado como verdadeiro titular do poder público e como elemento de integração do interesse público, de onde se extraem os deveres de saber reconhecer as reais necessidades sociais, saber extrair a diretiva de atuação para o caso concreto de forma a atender aquelas necessidades da melhor forma possível, de atuar com transparência, com urbanidade, civismo, objetividade, qualidade, eficiência e de dar ao administrado tratamento imparcial, equitativo e em prazo razoável.

²⁰¹ OLIVEIRA; VARESCHINI, Administração Pública brasileira e os 20 anos da Constituição de 1988. Nas palavras dos autores: "a Administração Pública tem o dever de proceder a escolhas legítimas, o que materializa um direito fundamental à boa administração. Saliente-se que o Estado da escolha administrativa legítima deve ser o Estado da proporcionalidade. É imprescindível o controle de legitimidade, ao lado da eficiência e da eficácia, exigindo-se a motivação dos atos discricionários e vinculados. A proporcionalidade deve ser interpretada como a vedação ao excesso e à omissão". E ainda: "não basta mais agir com legalidade. Exige-se uma atuação focada na eficiência e na consecução das necessidades dos 'clientes', o que impõe uma reestruturação do modelo de Administração Pública, a fim de que ela esteja apta a efetivamente desempenhar seus misteres, na medida em que a Administração é detentora de prerrogativas apenas para que ela possa desempenhar de forma satisfatória os deveres a ela impostos pelo ordenamento jurídico vigente. E o seu dever último é o da boa administração, entendida esta como a atuação pautada nos princípios e deveres constitucionais, primando-se, sempre, pela concretização dos direitos fundamentais."

²⁰² *Verbis*: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:"

²⁰³ *Verbis*: "A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

Cabe ressaltar ainda que, ao ser investido em uma função pública, o agente assume tanto a gestão da coisa pública quanto o papel de depositário das expectativas sociais da boa administração dos bens e serviços públicos - deve, pois, cumprir seu mister com honestidade, ética, justiça, integridade, probidade, atuar em conformidade com os ditames constitucionais e legais e com os princípios jurídicos, de forma responsável e competente, dedicada e crítica, com eficiência na forma de prosseguir os interesses coletivos (adequando os meios e as medidas aos fins de interesse social que deverá alcançar, de forma que sua atuação seja o menos gravosa possível para o particular), dedicando-se a efetivar uma boa administração, sob pena de responsabilização por eventuais danos causados à Administração ou aos particulares, conforme previsão dos §§ 4º²⁰⁴ e 6º do artigo 37 da Constituição²⁰⁵, e, a título de exemplo, dos artigos 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112/90²⁰⁶ e da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92). Dessa forma, verifica-se que é possível se inferir o sentido de "deverosidade" também na dimensão ético-funcional da boa administração - especialmente por meio dos deveres funcionais e dos deveres éticos (imputados aos agentes públicos pelo ordenamento jurídico geral e também pelos códigos de conduta específicos para cada carreira) bem como da possibilidade de responsabilização da Administração e dos agentes públicos pelo descumprimento desses deveres.

É necessário ainda se ter em mente as mudanças por que tem passado a Administração Pública, no sentido de abandono da figura altamente autoritária para assunção de uma postura consensual, em que se valoriza e fomenta a participação social. Dessa forma, os direitos citados que conformam a dimensão do tratamento do cidadão como efetivo participante dos processos e procedimentos administrativos compõem o elenco mais básico e mínimo de garantia de participação e de defesa dos direitos de cidadania, em especial os previstos na Constituição brasileira como direitos fundamentais (artigo 5º), como: o tratamento igualitário (*caput*), a legalidade (inciso II), o acesso à informação (inciso XIV), o direito de receber informações dos órgãos públicos (inciso XXXIII, disciplinado pela Lei nº 12527/2011), o direito de petição aos poderes públicos (inciso XXXIV), o devido processo legal (inciso LIV), o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes - direitos assegurados expressamente inclusive aos litigantes em processo administrativo (inciso LV), a publicidade dos atos processuais (inciso LX), o habeas data (inciso LXXII), o

²⁰⁴ *Verbis*: "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."

²⁰⁵ *Verbis*: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

²⁰⁶ Trata-se do Estatuto do Servidor Público Civil da União, que traz, nos artigos citados, os direitos e deveres dos servidores; a norma, em regra, tem aplicação supletiva e subsidiária para os demais regimes jurídicos de servidores públicos civis no âmbito brasileiro.

direito à razoável duração do processo administrativo (inciso LXXVIII). E, sendo assim, também é possível daí se extrair o dever da Administração Pública de respeitar, em seus processos e procedimentos, o direito de audiência, de participação efetiva no processo, de acesso aos autos, de publicidade, de motivação das decisões administrativas, de duração razoável do processo e de comunicação com o administrado em linguagem clara e acessível, evitando tecnicismos desnecessários. Entende-se, vale ressaltar, que ainda que as leis ou normas infralegais ou internas reguladoras destes procedimentos não prevejam expressamente qualquer uma dessas garantias mínimas de participação cidadã, eles, ainda assim, configuram deveres da Administração e devem por ela ser garantidos, por fazerem parte do dever geral de boa administração. É possível, pois, reconhecer, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o sentido de deverosidade para todos os elementos elencados *supra* como conformação mínima da boa administração.

Por fim, importa destacar que, como já adiantado brevemente *supra*, a doutrina - especialmente portuguesa - tem entendido que o dever jurídico de boa administração não integra o espaço de justiciabilidade, porque não comporta proteção jurisdicional (não é possível se obter, junto ao poder judiciário, uma declaração de que determinada solução não é a mais eficiente do ponto de vista técnico, administrativo ou financeiro, pois isso equivaleria a um pronunciamento sobre o mérito da medida)²⁰⁷. Entende-se, no entanto, que tal conclusão não se aplica a todos as dimensões do dever de boa administração - com efeito, por exemplo, uma atuação administrativa que não observe a dimensão do tratamento do cidadão como efetivo participante dos processos e procedimentos administrativos pode ser contestada judicialmente (pois é possível se analisar de forma objetiva se há garantia dos direitos de participação). Entende-se que, na verdade, a discussão deveria girar sobre a possibilidade de se adotar o dever de boa administração como parâmetro único para essa tutela jurisdicional - tema que, no entanto, foge ao escopo e aos limites deste estudo.

Ultrapassada a caracterização da boa administração como um dever jurídico-administrativo, entende-se cabível analisá-la agora sob o viés de um princípio do direito administrativo, norteador da relação jurídico-administrativa. De fato, há quem defenda que o primeiro enfoque a ser dado à boa administração deve ser - assim como vinha sendo construído no âmbito da União Europeia - a de um princípio com uma grande amplitude jurídica, do qual seria possível se extrair o *dever* de boa administração²⁰⁸. Dessa forma, a boa administração seria considerada, antes de mais, como um norte de atuação para o poder público, com o intuito de aprimorar a atuação administrativa - um *superprincípio*, que

²⁰⁷ AMARAL, **Curso de direito administrativo**, p. 47.

²⁰⁸ CASTRO, **Princípios da boa administração, eficiência e economicidade**, p. 72. Segundo o autor, de um princípio se faz um dever - e não o contrário.

agregaria todos os parâmetros principais de atuação administrativa, bem como os parâmetros éticos e os parâmetros de proteção da cidadania.

Veja-se que, no âmbito do direito brasileiro, todos os preceitos que configuram os principais parâmetros de atuação administrativa estão, como já adiantado, de alguma forma, positivados - veja-se as principais hipóteses: (i) os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, como parâmetros da atuação administrativa, encontram-se previstos no artigo 37, *caput* da Constituição; (ii) a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal prevê em seu artigo 2º que a Administração obedecerá "aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência"; (iii) a tutela do interesse público pode ser encarada como um princípio constitucional implícito, como demonstrado *supra*; (iv) a transparência também pode ser considerada um princípio constitucional implícito, como se demonstrará adiante; (v) diversos direitos de participação processual e de defesa da cidadania têm *status* de direito fundamental, sendo previstos no artigo 5º da Constituição, como citado *supra*; (vi) participação do usuário na administração pública também é garantida constitucionalmente no § 3º do artigo 37 da Constituição; (vii) o dever de motivar as decisões também tem guarida constitucional no artigo 1º²⁰⁹ (decorrência direta do Estado Democrático de Direito) e no artigo 93, X, e amparo legal, nos termos do artigo 50 da Lei nº 9.784/90; (viii) a responsabilização da Administração Pública e de seus agentes em caso de danos causados a terceiros também é prevista constitucionalmente (artigo 37, § 6º), bem como a responsabilização dos agentes públicos pela prática de atos de improbidade administrativa (artigo 37, § 4º e Lei nº 8.429/92)

Diante disso, é possível retomar as lições de Humberto Ávila²¹⁰, trazidas no tópico anterior, para afirmar que a boa administração pode ser encarada como um princípio do direito administrativo no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que: (i) pode ser definida conceitualmente como um princípio, pois possui mais de um grau de aplicação (abre possibilidade para realização de ponderação), a depender das hipóteses normativas e concretas, já que pode ceder diante de um direito fundamental, por exemplo; e (ii) pode ser definida normativamente como um princípio, pois (a) decorre da análise sistemática do ordenamento jurídico, conforme demonstrado acima, (b) é abstratamente determinável e (c) é perfeitamente compatível com os preceitos normativos erigidos pela ordem constitucional.

²⁰⁹ *Verbis*: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos."

²¹⁰ ÁVILA, Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular".

Por fim, cabe verificar a boa administração sob o seu viés mais controverso: o de direito fundamental²¹¹. Embora já se reconheça, na Carta de Nice, a boa administração como direito fundamental, no Brasil não se encontra semelhante previsão expressa, nem mesmo por meio dos tratados internacionais dos quais o país é signatário²¹² - assim, quando muito, seria possível reconhecer que a boa administração é um direito fundamental implícito, decorrente do regime e dos princípios constitucionais, nos termos do artigo 5º, § 2º da Constituição²¹³. Apresentam-se alguns argumentos nesse sentido: (i) a Constituição brasileira traz um conceito aberto, complexo e dinâmico de direitos fundamentais; (ii) a fundamentalidade seria consequência do dever jurídico de boa administração; (iii) a fundamentalidade adviria da centralidade do ser humano no ordenamento jurídico; (iv) a fundamentalidade seria derivada do princípio democrático e da vinculação direta da Administração aos direitos fundamentais; (v) a fundamentalidade seria corolário do controle de legitimidade do agir administrativo.

O primeiro argumento, pois, é o de que a Constituição brasileira traz, a partir da previsão do citado artigo 5º, § 2º, um conceito aberto, complexo e dinâmico dos direitos fundamentais (i), permitindo uma abertura material dos direitos fundamentais, que abrange um grupo de direitos implícitos e um grupo de direitos expressamente positivados, mas fora do catálogo do artigo 5º da Constituição.²¹⁴ Dessa forma, o direito fundamental à boa

²¹¹ Com efeito, nem toda a doutrina admite a possibilidade de reconhecer a boa administração como caráter de um direito - a título de exemplo, Lúcio Pegoraro (¿Existe un derecho a una buena administración? (Algunas consideraciones sobre el ab(uso) de la palabra "derecho"), *in*: RODRÍGUEZ, Carmen María Ávila; RODRÍGUEZ, Francisco Gutiérrez (Orgs.), **El derecho a una buena administración y la ética pública**, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 17 a 41) crítica a qualificação como um direito do cidadão, uma vez que, entende o autor, a boa administração é um objetivo estatal, uma meta a ser cumprida pelos gestores públicos, integrando o próprio conceito de Estado (não sendo, pois, propriamente, um direito) O autor critica o uso abusivo da palavra "direito" na linguagem jurídica, para designar, segundo ele, qualquer interesse que não esteja protegido em alguma medida pelo ordenamento (visão jusnaturalista), ou qualquer situação de vantagem, ou as finalidades do mesmo ordenamento, ou qualquer princípio reitor do ente, qualquer contrapartida de situações jurídicas negativas (direito a que se cumpram obrigações e deveres) - argumenta que o abuso do uso da palavra reduz seu forte significado favorável e também, em nível político, sua força. Por outro lado, Jaime Rodríguez-Arana (El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea) defende que a qualificação da boa administração como um direito fundamental não deveria gerar tanto problema, uma vez que, sendo o cidadão o "dono" do aparato administrativo, seria lógico que ele tenha direito a que tal aparato facilite o desenvolvimento equilibrado e solidário da sua personalidade, considerando que a razão e o sentido da administração na democracia é o de colocar um serviço público à disposição do povo (na verdade, segundo o autor, o eventual problema residiria apenas na dimensão da justiciabilidade de tal direito, uma vez que os parâmetros que caracterizam a boa administração não são claros).

²¹² Lembrando-se, que não se lhe aplica a Carta de Nice, que diz respeito apenas aos países da União Europeia.

²¹³ *Verbis*: "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".

²¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, A Administração Pública e os direitos fundamentais, *in*: **Aula proferida na Escola da Magistratura do TRF-4ª Região, Curso Permanente, Módulo II, Direito Administrativo [on line]**, [s.l.: s.n.], 2017, p. 1 a 7. No entanto, o autor alerta para a necessidade de

administração poderia ser inferido a partir da junção daqueles direitos fundamentais listados acima como seus elementos componentes (especialmente quanto à participação-cidadã) e das demais previsões constitucionais (princípios e regras) mencionadas que também conformariam a boa administração que, neste sentido, poderia ser encarada como um verdadeiro *cluster right*²¹⁵.

O segundo argumento é que a fundamentalidade seria consequência do dever de boa administração (ii). Considerando que o regime jurídico aplicável à Administração Pública se assenta em deveres constitucionais (mais que em prerrogativas) cuja finalidade é realizar as necessidades da sociedade (em especial a proteção e a promoção dos direitos fundamentais, ou seja, a atividade pública encontra-se funcionalizada à concretização dos direitos fundamentais), a Administração tem o dever de proceder a escolhas legítimas - observados especialmente os parâmetros de eficiência e de proporcionalidade -, o que, por consequência, materializaria o direito fundamental à boa administração.²¹⁶

O argumento seguinte é de que a fundamentalidade da boa administração advém da assunção do papel central do ser humano no ordenamento jurídico (iii). De fato, como exposto *supra*, a teoria moral que dá sustentação à Constituição brasileira é a personalista, o que significa que se mantém na pessoa (e não no Estado) o centro de importância do ordenamento. Com a centralização do papel do cidadão também no direito administrativo, especialmente em razão de sua constitucionalização, o indivíduo: (a) deixa de ser o sujeito inerte e indefeso frente ao poder que tenta controlá-lo, construindo-se uma concepção mais justa e humana do poder público como consequência direta do direito dos cidadãos a governos e administrações adequadas, que se fundem em instrumentos de atuação idôneos e aptos para o serviço público e para atender o interesse geral; (b) deixa de ser o sujeito estático que apenas recebe bens e serviços do poder público, para se inserir ativamente no Estado, convertendo-se em ator principal da definição e evolução das diferentes políticas

se utilizar parâmetros materiais para justificar a identificação, sob o risco de se banalizar os direitos fundamentais.

²¹⁵ Em sentido semelhante, Juarez Freitas (**Direito fundamental à boa administração pública**, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 13 a 15 e 21 a 24) defende que o direito fundamental à boa administração pública é uma norma implícita, formada por princípios e regras, cujo *standard* mínimo seria composto pelo direito à administração pública: (i) transparente; (ii) sustentável (com preponderância dos benefícios sociais, ambientais e econômicos sobre os custos diretos e indiretos); (iii) dialógica; (iv) imparcial e deserviesada; (v) proba; (vi) respeitadora da legalidade; (vii) preventiva, precavida e eficaz. No mesmo sentido, Salomão Ismail Filho (Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente) defende que o administrado, que integra o conceito de "povo", ou seja, é o titular do poder político, tem o direito de exigir dos servidores públicos o cumprimento da boa administração pública - "nesse passo, a boa administração é, sim, um direito fundamental que liga o cidadão ao administrador público e cujo conteúdo é a observância por este dos princípios da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade etc), das tarefas fundamentais do Estado e dos direitos referentes à participação procedimental do particular na gestão pública (devido processo legal, duração razoável do processo, direito à audiência com o gestor e/ou seu representante, entre outros)."

²¹⁶ OLIVEIRA; VARESCHINI, Administração Pública brasileira e os 20 anos da Constituição de 1988.

públicas (em uma ação articulada entre poder público e agentes sociais para definição do interesse público, possibilitando que o espaço público possa ser administrado tendo em conta multiforme conformação social). O cidadão, pois, em razão de ocupar tal lugar de destaque na atividade administrativa, tem um direito elementar a que a administração sirva com objetividade ao interesse público, o que é um pressuposto do dever da Administração de gerir adequadamente os assuntos públicos, e, como corolário, do direito fundamental da pessoa a que as administrações públicas atuem a serviço objetivo do interesse geral.²¹⁷

O próximo argumento é de que a fundamentalidade seria derivada do princípio democrático e da vinculação direta da Administração Pública aos direitos fundamentais (iv). O § 1º do artigo 5º da Constituição brasileira determina que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (sem necessidade, pois, de *interpositio legislatoris*). No caso da boa administração, não se estaria tratando de um direito individual, mas sim de um valor que perpassa todo o ordenamento jurídico, com o intuito de garantir o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais, que são essenciais à democracia. Assim, a boa administração estaria vinculada ao ideal democrático - quanto mais qualidade, eficiência, transparência, moralidade (ética) das ações administrativas, melhor para o cidadão que tem possibilidade de participar do processo político, fiscalizar a ação administrativa, defender e exercer seus direitos de cidadania. Dessa forma, ao fim, a fundamentalidade do direito à boa administração seria advinda do princípio democrático, devendo ser observada no trato do gestor com a coisa pública, tendo em vista a vinculação direta da Administração Pública aos direitos fundamentais.²¹⁸

Argumenta-se, ainda, que o direito à boa administração seria corolário do controle de legitimidade da atuação administrativa (v). De acordo com o artigo 70, *caput* da Constituição²¹⁹, o controle externo e interno da atuação administrativa abrange, dentre outros, aspectos de legitimidade e de economicidade, de onde seria possível aferir que a legitimidade do agir administrativo também se relaciona com a prática de boa administração pelo gestor. E sendo possível uma fiscalização de legitimidade pelos órgãos de controle da gestão pública, é porque, por corolário, haveria um direito - resguardado pelo bloco de constitucionalidade -

²¹⁷ RODRÍGUEZ-ARANA, El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea.

²¹⁸ MENDONÇA, **Direito fundamental à boa administração e à transparência pública: exigências para o controle social no estado democrático de direito**, p. 41 e 42.

²¹⁹ *Verbis*: "A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder."

por parte do titular do poder público (o povo) de ver tal legitimidade respeitada, incluindo, pois, a observância da boa administração.^{220 221}

Assim, com fundamento nos argumentos acima, seria possível se reconhecer, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, um direito fundamental implícito à boa administração - estar-se-ia diante de um direito de natureza prestacional, que vincula o administrador a observar os princípios e as regras constitucionais referentes à gestão pública e que dizem respeito a todos os elementos de conformação mínima do princípio indicados *supra*. No entanto, cabe registrar, permanece a dúvida sobre qual o limite da justiciabilidade deste direito fundamental (uma vez que, ao que parece, alguns de seus elementos são justiciáveis, outros não), discussão que, no entanto, ultrapassa os limites e ao escopo desta pesquisa.

Há que se ter em mente, pois, que, no ordenamento jurídico brasileiro, cabe reconhecer a boa administração sob diferentes roupagens jurídicas, a depender do viés sob o qual se analisa: (i) se sob o viés do gestor, do administrador, da Administração Pública, como um dever jurídico; (ii) se sob o viés da atividade administrativa, do regime jurídico-administrativo, como um princípio geral; e (iii) se sob o viés do cidadão, do administrado, como um direito fundamental.

Todas estas perspectivas importam a este estudo - de fato, considerando a boa administração como um dever jurídico, como um princípio geral ou como um direito fundamental, fato é que ela traz consigo a necessidade de controle de suas dimensões, para garantir sua concretização. Noutras palavras, é possível se fundamentar o controle interno do Estado na concepção (dever - princípio - direito) de boa administração. No entanto, como o presente estudo se desenvolve a partir da ótica do Estado, opta-se por tratar primariamente a boa administração como um dever estatal, ao qual o controle interno, como se demonstrará, está indiscutivelmente interligado.

4. O DEVER DE TRANSPARÊNCIA ESTATAL

O último ponto que se propõe debater nesta parte inicial diz respeito à exigência de transparência estatal como pressuposto da democracia e corolário do direito fundamental à informação do administrado - muito embora se tenha elencado a transparência como um dos

²²⁰ ISMAIL FILHO, Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente.

²²¹ Ressalte-se que além da relevância jurídica, a previsão da boa administração como direito fundamental aparentemente também pode gerar impactos positivos na esfera econômica, podendo contribuir para o desenvolvimento do país que a adote, uma vez que é capaz de fazer aumentar a confiabilidade das instituições públicas, a segurança das relações destas instituições com cidadãos e empresas, a transparência e a simplificação da organização e das atividades dos aparatos públicos (o que reduz ao custo dos encargos imputáveis ao setor privado, atraindo mais investimentos).

elementos conformadores da boa administração, entende-se que a importância do tema para este estudo, justifica o tratamento em apartado desse dever estatal.

Assim como a boa administração, também a transparência pode ser analisada, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, sob a ótica de princípio, de direito fundamental e de dever jurídico. Dessa forma, no que é pertinente, valem aqui as considerações feitas no item anterior sobre cada uma das roupagens jurídicas que podem ser assumidas, havendo que se ressaltar, no entanto, as seguintes peculiaridades, que serão melhor desenvolvidas ao longo deste tópico: (i) assim como a boa administração, a transparência também não tem previsão expressa na Constituição - exceto em uma oportunidade, incluída por emenda - mas entende-se que está implícita no texto constitucional; (ii) assume-se a transparência como um princípio implícito norteador da atividade administrativa derivado do princípio da publicidade (esse sim expressamente previsto); (iii) assume-se a transparência como um direito fundamental implícito derivado do direito fundamental à informação pública, bem como do regime democrático; (iv) assume-se a transparência como um dever administrativo especialmente extraído do regime democrático representativo e como corolário tanto do seu reconhecimento como princípio geral quanto de seus status de direito fundamental do cidadão. Assim como se argumentou quanto à boa administração, a transparência vai assumir uma destas roupagens jurídicas, a depender da ótica sobre a qual seja vista: sob a ótica do administrado, é um direito fundamental; sob a ótica da atividade administrativa é um princípio; e sobre a ótica da Administração Pública e do gestor, um dever jurídico. Tendo em vista o objeto deste estudo, o enfoque será especialmente na transparência como *dever*.

O dever estatal de transparência - que em muito ultrapassa o simples dever formal de publicação dos atos estatais - pode ser enxergado como um corolário do direito fundamental à informação, em especial, do direito de acesso à informação administrativa. Para melhor desenvolver essa relação, no entanto, pede-se venia para iniciar análise com uma rápida exposição sobre o direito fundamental à informação de forma geral, do qual, se entende, deriva o direito de acesso à informação administrativa.

4.1. O direito fundamental de acesso à informação

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 19º), o Pacto dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (artigo 19º) e a Convenção Americana dos Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (artigo 13º) asseguram a todos o direito de acesso à informação como um direito humano universal - nos textos internacionais, invariavelmente esse direito inclui de forma expressa as liberdades de procurar, receber e difundir as informações e ideias de qualquer natureza, por qualquer meio, independentemente de

considerações de fronteiras. No Brasil, a Constituição assegura a todos o direito à informação, de forma geral, no rol dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º.²²²

Além de se qualificar como direito humano universal e como direito fundamental, o direito à informação também constitui um dos fundamentos de uma sociedade livre²²³ e democrática²²⁴. Via de regra, também vincula-se de forma muito próxima, ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade²²⁵ - o livre acesso à informação assegura o ambiente necessário para que cada pessoa possa formar suas próprias opiniões, desenvolver suas convicções, estabelecer suas crenças, cultivar seus pensamentos e ideias e pautar seu agir de acordo com eles, além do direito de expressá-los, como parte de seu desenvolvimento intelectual, da construção de seu raciocínio e de sua autoafirmação como indivíduo e como participante da sociedade. Esse processo de desenvolvimento intelectual do indivíduo permite a realização de sua potencialidade como ser humano.²²⁶ Conecta-se ainda com o desenvolvimento da sociedade, já que a soberania do povo - essencial ao sistema democrático-republicano - e o sistema representativo exigem que se tenha informação, no

²²² *Verbis*: artigo 5º, XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

²²³ A Corte Interamericana dos Direitos Humanos destaca que o direito à informação é pressuposto para a existência de uma sociedade livre; nos termos da Opinião Consultiva OC-5/85, 13 de Noviembre de 1985 (disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf> acesso em 15 out 2018): "La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre."

²²⁴ ROMERO COLOMA, Aurelia María, **Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: honor, intimidad y presunción de inocencia**, Madrid, España: Civitas, 2000, p. 32. Ingo Wolfgang Sarlet e Carlo Alberto Molinaro (Direito à informação e direito de acesso à informação como direitos fundamentais na Constituição brasileira, **Revista da AGU**, ano XIII, n. 42, p. 9 a 38, 2014) destacam que, via de regra, na maioria das democracias, o direito à informação é garantido: (i) com titularidade ampla (a todas as pessoas); (ii) com previsão de regulamentação legal; (iii) com possibilidade de restrições apenas quando absolutamente necessário e justificado por razões de segurança nacional, combate ao crime ou para proteger os direitos e interesses legítimos de terceiros; (iv) decorrente do direito de todos participarem da sociedade da informação; e (iv) gerador da obrigação estatal de garantir a facilidade de acesso às informações tratadas por via eletrônica, bem como seu intercâmbio e difusão.

²²⁵ Que será analisado com mais vagar na última parte deste estudo.

²²⁶ CHEQUER, Cláudio, A lei de acesso à informação pública e as informações de caráter pessoal de interesse público, **Boletim dos Procuradores da República**, v. 13, n. 84, p. 23 a 28, 2013. Humberto Nogueira de Alcalá (El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado in Iberoamerica y Estados Unidos, *in*: CARPIZO, Jorge; CARBONELL, Miguel; CUEVA, Mario de la (Orgs.), **Derecho a la información y derechos humanos: estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva**, 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 3 a 121) afirma inclusive que o direito à informação é inalienável, pois inato, correspondente a uma tendência natural do ser humano, de forma que não é possível que essa faculdade de ser informado seja dissociada do indivíduo, pois isso equivaleria negar as inclinações naturais de todos os homens, tais como a sociabilidade e as tendências ao conhecimento e à comunicação.

mínimo, como instrumento de prestação de contas.²²⁷ A difusão e o livre acesso à informação também contribuem para a consolidação e o desenvolvimento do pluralismo político (um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, nos termos do artigo 1º, V da Constituição). Hodiernamente, aliás, tem aumentado seu valor e sua importância no contexto da sociedade global, em que o bem-estar e o desenvolvimento estão condicionados, cada vez mais, pela produção e uso equitativo da informação, do conhecimento e da cultura²²⁸.

Humberto Nogueira Alcalá destaca que o direito à informação é formado por um complexo de direitos que têm relação tanto com o sujeito que informa (informador) quanto com aquele que recebe a informação (informado) - uma *via de mão dupla* - que estaria estruturada da seguinte forma: (i) com relação ao informador: direito de investigar e de buscar informações e opiniões, direito de difundir as informações de relevância pública por qualquer meio, direito de emitir informações ou opiniões; direito de não ser censurado nem objeto de restrições preventivas, de forma explícita ou implícita (com exceção das medidas destinadas a proteger a moral dos menores e adolescentes ou em casos de estados de exceção constitucional), direito às fontes de informação, direito ao segredo profissional jornalístico e à reserva das fontes, direito à cláusula de consciência, direito ao acesso e à utilização dos instrumentos e meios naturais ou tecnológicos necessários que permitam emitir as opiniões e informações; e (ii) com relação ao informado: direito de receber opiniões e informações, direito de selecionar a informação que recebe e os meios através dos quais recebê-la, direito de ser informado verdadeira e oportunamente, direito de que seja preservada sua honra e vida privada, direito à retificação ou resposta, direito de solicitar a imposição judicial de responsabilidade civil e penal nos casos determinados pelo ordenamento jurídico.²²⁹

Essa *via de mão dupla* é formada, pois, pelo direito de transmitir informação e pelo direito à liberdade de expressão (quanto ao informador) e pelo direito de acesso à informação (quanto ao informado), ou, dito de outra forma, o direito à comunicação e expressão (que não se confundem totalmente) incluem os direitos de informar, de se informar e de ser informado²³⁰. Nessa mesma linha, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já se

²²⁷ PINTO, Mónica, Libertad de expresión y derecho a la información como derechos humanos, *in: Estudios Básicos de Derechos Humanos X*, San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000.

²²⁸ PIOVESAN, Flávia, **Temas de direitos humanos**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, *ebook*.

²²⁹ ALCALÁ, El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado in Iberoamérica y Estados Unidos. As conclusões do autor foram tiradas a partir da análise da Convenção Americana dos Direitos Humanos e dos textos constitucionais da América Latina,

²³⁰ SARLET; MOLINARO, Direito à informação e direito de acesso à informação como direitos fundamentais na Constituição brasileira. Nas palavras dos autores: "Observe-se que o direito à comunicação, como direito coletivo, está imediatamente vinculado ao direito de participação cidadã e do correlato exercício da liberdade de expressão, o que vai implicar o direito fundamental de *informar*, de *informar-se* e, especialmente, o de *ser informado*. (...) a liberdade da atividade de comunicação, ainda que possa ser assemelhada (e incluída na) com a liberdade de expressão, com ela não se confunde integralmente. Expressar e comunicar enunciam ações com significados bem identificados.

manifestou no sentido de que a liberdade de expressão tem duas dimensões: uma individual, referente ao direito de cada pessoa se manifestar e transmitir seus juízos e ideias, assim como dados e informações a terceiros, e outra coletiva e social, que diz respeito ao direito das pessoas de receber qualquer informação e de conhecer as opiniões e informações que os demais expressam (reconhecendo, portanto, que o direito à informação, tanto em seu aspecto ativo - *transmitir* informação - quanto sem aspecto passivo - *receber* informação -, são facetas da liberdade de expressão)²³¹.

No entanto, esse entendimento sobre a amplitude do direito à informação não é unânime na doutrina brasileira. A título de exemplo, Marcelo Novelino entende o direito à informação como um direito autônomo do direito à liberdade de expressão: aquele estaria garantido constitucionalmente pelo artigo 5º, incisos XIV e XXXIII²³² e pelo artigo 220, parágrafos 1º e 2º²³³, compreendendo o direito de informar, de se informar e de ser informado, enquanto este estaria assegurado pelo artigo 5º, incisos IV, V e IX²³⁴, referindo-se, especialmente, ao direito de emitir uma opinião sobre determinado tema.²³⁵

Ao passo que expressar é manifestar emoções, sentimentos, afirmações ou negações por declarações ou, palavras ou signos, ou sinais (atos, ações e, mesmo, omissões). Comunicar (...) denota a ação de tornar comum, associar, de *communis*, comum, comunidade, significando algo que se participa, troca de informações, tornar ideias comuns, daí *communicatio (onis)*, como ação de comunicar, de dividir. (...) O direito à comunicação e expressão, portanto e como já afirmado, inclui os direitos fundamentais de informar, de informar-se e de ser informado." Nesse mesmo sentido, André de Carvalho Ramos (**Curso de direitos humanos**, São Paulo: Editora Saraiva, 2014, *ebook*) assevera que a liberdade de expressão tem duas facetas: uma que assegura a expressão do pensamento e outra que garante o direito dos demais de receber, sob qualquer forma ou veículo, a manifestação do pensamento de outrem. Também Mônica Pinto (*Libertad de expresión y derecho a la información como derechos humanos*) defende que uma leitura das normas jurídicas internacionais vinculantes para os países da América que consideram essa questão a partir da ótica dos direitos humanos permite afirmar a proteção das liberdades de pensamento e de expressão, compreendida nesta última o direito à informação.

²³¹ OC-5/85, Série A, número 5, parágrafo 30.

²³² *Verbis*: "XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional."

"XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado."

²³³ *Verbis*: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1.º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2.º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

²³⁴ *Verbis*: "IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;"

"V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;"

"IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;"

²³⁵ NOVELINO, Marcelo, **Manual de direito constitucional**, 9ª ed. São Paulo: Método, 2014, *ebook*. De fato, segundo o autor, a liberdade de informação abrange: (i) o direito de informar, prerrogativa de transmitir uma informação (diferente da liberdade de manifestação do pensamento - artigo 5º, IV -, que consiste no direito de emitir uma opinião sobre determinado tema); (ii) o direito de se informar, que diz

A Constituição brasileira nem define "informação" nem explicita quais os tipos de informação estariam abarcados pelo âmbito de proteção do direito à informação. Ao que parece, entendida a informação como uma medida de comunicação²³⁶, deve-se interpretar o vocábulo de forma ampla ampla, compreendendo qualquer juízo de fato ou de valor sobre pessoas, coisas, atos, relações, ideias, representações, opiniões, temas etc.²³⁷ E, em sendo assim, caso se entenda que o direito à informação é autônomo do direito à liberdade de expressão, é possível estabelecer a seguinte diferenciação: aquele que emite sua opinião ou juízo de valor sobre determinado tema o faz amparado na liberdade de expressão e aquele que divulga essa opinião ou juízo de valor (ainda que seja o mesmo que a tenha emitido) o faz amparado no direito à informação, especificamente no direito de informar. Wilson Steinmetz ainda assevera que, muito embora o resguardo do sigilo de fonte no mesmo dispositivo constitucional de garantia do direito à informação possa induzir uma interpretação restritiva de que a tutela é da informação jornalística, na verdade, a melhor interpretação é que a norma diz respeito ao acesso a qualquer tipo de informação, independentemente de conteúdo, relevância, finalidade, âmbito de vida ou fronteiras.²³⁸

Embora o texto constitucional brasileiro não seja expresso nesse sentido, entende-se que a liberdade garantida é a de receber informações *verdadeiras*²³⁹, a qual, no entanto,

respeito à faculdade do indivíduo de buscar informações sem obstáculos ou restrições (artigo 5º, XIV), exceto as constitucionalmente fundamentadas; e (iii) o direito de ser informado, que consiste na faculdade de receber dos órgãos públicos as informações de interesse particular, coletivo ou geral (artigo 5º, XXXIII da Constituição, regulamentado pela Lei nº 12.527/2011 - Lei de Acesso à Informação).

²³⁶ ESTAVILLO, Juan José Ríos, Informática y su relación con el derecho a la información, *in*: CARPIZO, Jorge; CARBONELL, Miguel; CUEVA, Mario de la (Orgs.), **Derecho a la información y derechos humanos: estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva**, 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 183 a 225.

²³⁷ STEINMETZ, Wilson, Comentário ao artigo 5º, XIV, *in*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al* (Orgs.), **Comentários à Constituição do Brasil**, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 300 a 302.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ Nesse ponto, a Constituição brasileira se afasta de outros textos constitucionais de países da América Latina, que prevêm de forma expressa a verdade como limite interno à liberdade de informação: (i) Constituição da Colômbia (Artículo 20 - Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación); (ii) Constituição da Venezuela (Artículo 58. La comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral.); (iii) Constituição do Equador (artigo 18. Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.); (iv) Constituição da Bolívia, especificamente quanto à informação difundida pelos meios de comunicação social (Artículo 107. II. La información y las opiniones emitidas a través de los medios de comunicación social deben respetar los principios de veracidad y responsabilidad. Estos principios se ejercerán mediante las normas de ética y de autorregulación de las organizaciones de periodistas y medios de comunicación y su ley.); (v) Constituição do Paraguai (Artículo 28 - DEL DERECHO A INFORMARSE Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz,

engloba também aquelas eventualmente errôneas, desde que não tenha havido negligência ou má-fé por parte do informador. Dessa forma, não estão incluídas no âmbito de proteção do direito as informações divulgadas de forma leviana, sem checagem, propositadamente equivocadas, transmitidas com desrespeito à verdade - conforme lembra Alexandre de Moraes, estas condutas não estão protegidas constitucionalmente porque são condutas ilícitas e as liberdades públicas não se prestam a tutelar condutas ilícitas.²⁴⁰

No entanto, mesmo que se considere indene de dúvidas que a proteção constitucional, no ordenamento jurídico brasileiro, volta-se apenas à *informação verdadeira* (por parecer ser essa a única interpretação possível do conteúdo direito fundamental), Aurélia Maria Romero Coloma adverte que ainda é necessário questionar o que se entende por *informação verdadeira*. Isso porque uma verdade "quimicamente pura" não existe; mas seria possível alcançar-se uma *informação verdadeira* quando aquele que a transmite coloca todo seu zelo e diligência na narração ou na descrição do evento, da notícia ou do fato, sem recorrer a sensacionalismos, distorções ou exageros - no entanto, é necessário admitir que em matéria informativa sempre haverá um certo grau de subjetivismo ou um relativismo de ordem subjetiva, o que deve ser aceito como parte integrante da informação, pois, caso se comece a exigir que a informação corresponda apenas às verdades absolutas ("quimicamente puras"), impedir-se-ia inclusive, que os meios de informação difundissem opiniões, dificultando gravemente a circulação da informação, a qual só poderia ocorrer naqueles casos em que fosse possível a verificação e comprovação dos fatos (além do fato, é claro, de que,

responsable y ecuánime. Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo. (...)). Também na Constituição Espanhola a necessidade da veracidade da informação é prevista de forma explícita - o artigo 20, referente à liberdade de expressão, reconhece de forma expressa o direito de comunicar e de receber livremente *información veraz* por qualquer meio de difusão (n. 1, letra d). Aurélia Maria Romero Coloma (**Libertad de información frente a otros derechos en conflicto**, p. 28, 32, 47) qualifica o preceito como uma importante e "polêmica" novidade da carta espanhola, por configurar autonomamente o direito à informação, delimitando-o frente à liberdade de expressão (embora destaque que não há dúvidas de que a liberdade de informação é, do ponto de vista material e lógico, uma face da liberdade de expressão, um aspecto do direito a expressar e difundir livremente os pensamentos, ideias e opiniões). Segundo a autora, diferente de outros textos constitucionais europeus, o texto espanhol ampliou as vertentes do direito à informação para além de seu conteúdo passivo do direito de receber informação, ao reconhecer também seu aspecto ativo, dinâmico, de comunicar a informação, divulgá-la e difundi-la para as pessoas. Mas adverte que, embora estejam intimamente interconectadas (a autora chega a dizer que a liberdade de informação é a contrapartida lógica da liberdade de expressão), têm diferente objeto de proteção: a liberdade de informação centra-se em fatos, notícias, eventos e acontecimentos, enquanto a liberdade de expressão diz respeito a opiniões, pensamentos e ideias. Daí que uma importante nuance na liberdade de informação é que não se reconhece na liberdade de expressão é que, como adiantado, a salvaguarda constitucional se dá em relação à *información veraz*, ou seja, não se protege qualquer informação, apenas aquela verdadeira, pois informação falsa sequer é considerada informação, razão pela qual não é abrangida pela tutela constitucional (o mesmo não ocorre com a liberdade de expressão, pois nem as opiniões, nem os pensamentos, nem as ideias têm que ser verdadeiros).

²⁴⁰ MORAES, Alexandre de, **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**, 2ª. São Paulo: Atlas, 1998, p. 162.

em muitos casos, a verdade absoluta é impossível de se encontrar e de se comprovar). Assim, o que o direito à informação salvaguarda, quando protege a informação verdadeira, é a honestidade, a honradez, a correção na busca da notícia/informação, na forma de divulgá-la e expressá-la.²⁴¹ Ademais, limitar o direito à informação ao simples comunicado de notícias de forma neutra ou estritamente objetiva equivaleria, inclusive, a limitar o princípio do pluralismo (valor essencial da sociedade democrática), reduzindo a liberdade de informação a uma inócua transmissão mecânica de fatos noticiáveis.²⁴²

Há várias teorias que buscam fundamentar a liberdade de expressão e de informação, que, na linha da doutrina de Cláudio Chequer, podem ser sistematizadas entre aquelas que tratam esses direitos como *direitos instrumentais* (como meios para realização de um fim maior ou mais importante) e aquelas que tratam esses direitos como *fins em si mesmos* (como valores intrínsecos, bens independentes). Dentre as teorias instrumentais, citam-se: (i) a teoria da busca da verdade, segundo a qual a finalidade primordial da liberdade de expressão e de informação é alcançar a verdade - para os adeptos deste entendimento, apenas um debate aberto de ideias pode possibilitar a descoberta da verdade (embora exista algum questionamento, especialmente na era pós-moderna, inclusive da real existência da verdade); (ii) a teoria democrática, segundo a qual a liberdade de expressão e de informação é um meio para se alcançar a democracia - por esse viés, a liberdade de expressão e o direito à informação são instrumentais ao regime democrático, contribuindo para a formação da opinião pública acerca de debates políticos (o que garante a participação democrática); (iii) a teoria da estabilidade social, segundo a qual a liberdade de expressão e de informação constituem condições essenciais para se garantir a estabilidade governamental - entende-se que um Estado formado com base em ampla liberdade de expressão e de informação é mais forte e está menos sujeito a convulsões sociais do que um Estado que impõe seu poder de forma autoritária, repressiva, uma vez que as pessoas tendem a confiar muito mais em um governo que está disposto a ouvir e a considerar amplamente a extensão de seus argumentos (se enxergam o governo como irracional ou arbitrário, a confiança diminui e, por consequência, também diminui o respeito às leis) e também tendem a respeitar de forma mais pacífica o ordenamento jurídico quando lhes é permitido participar do processo político que

²⁴¹ ROMERO COLOMA, **Libertad de información frente a otros derechos en conflicto**, p. 51 e 52. Assim, acrescenta a autora, também aqui é necessário se distinguir informação de opinião - como, via de regra, não há prova da verdade de uma opinião (já que opiniões são conceitos ou pareceres que uma pessoa forma sobre as coisas), o limite interno quanto à liberdade de informação quando essa diz respeito a opiniões é o respeito à honra e à dignidade da pessoas humana. E, além disso, dificilmente as próprias opiniões se darão em estado "quimicamente puro", pois, de forma inevitável, na maior parte das vezes, as informações terão origem nos fatos e desses fatos há que se exigir veracidade. Isso porque, nas palavras da autora: "as opiniões distanciadas da realidade ou fundamentadas em fatos falsos não são honestas, não respondem à utilidade informativa e, em consequência, não cumprem o requisito exigido pela Constituição de veracidade".

²⁴² *Ibid.*, p. 58.

debate, cria ou modifica esse ordenamento. As referidas teorias não são excludentes, mas complementares - dado o seu carácter multifuncional, a liberdade de expressão e o direito de informação, na verdade, teriam múltiplas justificações teóricas.²⁴³

Há que se ressaltar, por fim, que o direito à informação, assim como qualquer outro direito fundamental, não é absoluto - poderá ceder, como sói acontecer, após processo de sopesamento, quando houver razões mais fortes que amparem outros direitos fundamentais que com ele conflitem; no entanto, qualquer intervenção em seu âmbito de proteção que não esteja fundamentada constitucionalmente viola o direito à liberdade de expressão.²⁴⁴ Sérgio Lopez-Ayllon, entretanto, frisa que há algumas hipóteses em que a *regulação* do direito à informação se justifica: (i) quando houver a necessidade de administrar recursos escassos ou de impedir a formação de monopólios, garantindo-se, assim, a pluralidade de informação e a equidade em seu acesso; (ii) para prevenir ou minimizar riscos (como a exposição de menores a material pornográfico, excessos na publicidade etc); (iii) para garantir sua compatibilidade com o exercício de outros direitos (por exemplo, com o direito à vida privada); e (iv) para assegurar o cumprimento das obrigações informativas de certos sujeitos - em particular, o Estado. Em todos os casos essa regulação deve ser norteadada pelo princípio da transparência e buscar assegurar a maior participação social possível.²⁴⁵

E isso nos leva ao próximo ponto de análise: o direito à informação administrativa ou o direito da sociedade de acessar a informação sobre o que é produzido pelo Estado.

4.2. O direito à informação administrativa ou à informação pública

Quando se trata de direito à informação, de forma geral, a primeira ideia que geralmente vem à mente é o direito de acesso do indivíduo à informação que é produzida pelos órgãos de imprensa, que narram e divulgam os fatos dos mais amplos aspectos e interesses da sociedade. Está aí, pois, o direito à informação em sua vertente passiva - *receber informação* - e em sua vertente ativa - *divulgar informação* -, que, neste último caso,

²⁴³ CHEQUER, A lei de acesso à informação pública e as informações de carácter pessoal de interesse público.

²⁴⁴ NOVELINO, **Manual de direito constitucional**, ebook. O autor lembra que o próprio texto constitucional brasileiro estabelece algumas cláusulas restritivas expressas, tais como: os limites referentes ao direito de acesso à informação administrativa (que serão tratados adiante, previstos no artigo 5º, XXXIII) e os impostos à liberdade de informação jornalística pelas regras da vedação do anonimato, do direito de resposta, de atendimento às qualificações profissionais legalmente estabelecidas e o sigilo de fonte (nos termos do artigo 220, § 1º, nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV).

²⁴⁵ LÓPEZ-AYLLON, Sérgio, El derecho a la información como derecho fundamental, *in*: CARPIZO, Jorge; CARBONELL, Miguel; CUEVA, Mario de la (Orgs.), **Derecho a la información y derechos humanos: estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva**, 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 157 a 181.

para o exemplo citado, também se reveste da tutela da liberdade de expressão e liberdade de imprensa. No entanto, sem olvidar da importância desse aspecto do direito à informação, há uma outra nuance, que tem assumido grande relevo nos tempos modernos e que se refere a um outro produtor de informações que deve abastecer a sociedade: as informações administrativas ou estatais, cujo responsável pela produção, recolha, tratamento e divulgação perante a sociedade (de forma inteligível e satisfatória) é o Estado.²⁴⁶

Emilio Guichot afirma ser difícil exagerar a importância política e jurídica que a transparência e o acesso à informação administrativa têm para uma boa administração, especialmente porque modernamente parte substancial da informação da sociedade está nas mãos dos poderes públicos. E, se a informação é poder e a democracia é o poder do povo no governo do Estado, é necessário colocar a informação à disposição da sociedade.²⁴⁷

Por isso Sérgio Lopez-Ayllon afirma, como exposto, que uma das hipóteses em que se justifica a regulação do direito à informação é para assegurar o cumprimento da obrigação informativa do Estado, sendo relevante contemplar: (i) a estipulação de um regime geral que permita o acesso direto e pessoal dos cidadãos aos documentos administrativos (admitindo-se, no entanto, algumas exceções, como os documentos que contenham os requisitos legais que facultem à autoridade designá-los como confidenciais) e estabeleça as modalidades de acesso, os documentos que devem ser publicados e os procedimentos de defesa que o particular deve adotar caso lhe seja negado o acesso; (ii) a obrigação de os órgãos estatais criarem arquivos públicos e garantirem o seu acesso pessoal e direto (que pode ser, em situações específicas e expressamente previstas, limitado a certas condições); (iii) as obrigações do Estado como fonte de informação, compreendendo a regulação de suas relações com os meios de comunicação, suas obrigações em matéria de publicação de informação e os mecanismos e procedimentos disponíveis pelos particulares para permitir sua intervenção nos procedimentos de tomada de decisão; (iv) a regulação referente à matéria eleitoral, assegurando os princípios de equidade e pluralidade que devem guiar o tema; e (v) a consideração sobre a conveniência de criar procedimentos administrativos ou judiciais específicos que possam assegurar o cumprimento das obrigações informativas do Estado (a exemplo do *habeas data*).²⁴⁸

Alguns instrumentos internacionais, inclusive, já trazem a previsão específica da obrigação informativa do Estado, como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção

²⁴⁶ A ideia do Estado como prestador de informações sobre suas atividades nasceu com o conceito de Estado de Direito - já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, previa-se que "a sociedade tem o direito de pedir contas a todo o agente público pela sua administração".

²⁴⁷ GUICHOT, Emilio, El sentido, el contexto y la tramitación de la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, *in*: GUICHOT, Emilio (Org.), **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**, Madri: Tecnos, 2014, p. 17 a 34.

²⁴⁸ LÓPEZ-AYLLON, El derecho a la información como derecho fundamental.

(artigo 10, que indica a necessidade de cada Estado-parte adotar medidas que sejam necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública, inclusive quanto a sua organização, funcionamento e processos de adoção de decisões) e a Declaração Interamericana de Princípios sobre Liberdade de Expressão (princípio 4, que prevê que o acesso à informação em poder do Estado é um direito fundamental do indivíduo, cujo exercício deve ser garantido pelos Estados).

No Brasil, o direito de acesso à informação administrativa encontra-se previsto em dispositivo autônomo do direito de acesso à informação geral: está insculpido no artigo 5º, inciso XXXIII, segundo o qual todos têm direito a receber dos órgãos públicos, no prazo legal, informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral (ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado). Ou seja, assim como o direito à informação, o direito de acesso à informação administrativa está elencado no rol de direitos fundamentais da Constituição brasileira - a sua previsão no texto constitucional tem nítido conteúdo finalístico de não só assegurar a defesa de direitos, mas também de garantir o pleno exercício da liberdade de opinião e garantir ambiente para o fortalecimento da democracia participativa por meio da consagração - como consequência do direito - do dever de transparência dos dados e das informações estatais²⁴⁹. Acrescente-se que o artigo 37 da Constituição, que trata de normas gerais aplicáveis à administração pública brasileira, prevê em seu § 3º, inciso II, que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública, regulando especialmente o acesso aos registros administrativos e às informações sobre atos de governo.

Ocorre que apesar da previsão constitucional autônoma, entende-se que o direito à informação administrativa é, na verdade, uma *espécie* do direito fundamental à informação geral, a ele se aplicando todas as observações já explicitadas antes²⁵⁰, inclusive, seu caráter de direito fundamental, reconhecendo-se, portanto, que essa característica não é apenas formal, mas também material (ou seja, diz respeito ao seu próprio conteúdo, inclusive porque, como se verá adiante, o direito de acesso à informação administrativa gera para o Estado

²⁴⁹ Nesse sentido, veja-se: RE 865401, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 18-10-2018 PUBLIC 19-10-2018

²⁵⁰ Em sentido aproximado, quanto à disciplina jurídica, Ingo Sarlet e Carlos Molinaro (Direito à informação e direito de acesso à informação como direitos fundamentais na Constituição brasileira) entendem pela existência de direito da informação que engloba a liberdade de informação, os direitos à informação e o direito de acesso à informação em face dos órgãos estatais: "Quando nos referimos ao "direito da informação" nos referimos ao resultado das interações socioculturais que no decorrer da história formataram a comunicação social, sendo produzidas por um conjunto de mandamentos sociais, políticos e morais que resultaram em um conjunto de normas jurídicas regulatórias e disciplinadora daquelas relações (portanto, de um direito à informação). Por conseguinte, esse é um segmento jurídico do Direito decorrente do que poderíamos chamar de direito das "relações informativas", de tal sorte que o assim chamado "direito da informação" abarca tanto a liberdade de informação, quanto os direitos à informação, incluindo o direito de acesso à informação em face dos órgãos estatais."

deveres de publicidade e transparência que são valores essenciais para o regime democrático).

Emilio Guichot reforça essa vinculação, no sentido de o direito de acesso à informação administrativa ser uma manifestação concreta do direito fundamental à informação.²⁵¹ Segundo o autor, os direitos fundamentais requerem que sua interpretação seja feita de forma não estanque, mas evolutiva e contextual; e, mundialmente, nesta última década, alcançou-se um consenso jurídico acerca da natureza jusfundamental do direito de acesso à informação pública (seja enquanto integrante da liberdade de informação, seja como direito autônomo). A derivação do direito de acesso à informação estatal como parte integrante do direito à informação tem sido empregada, inclusive, na interpretação dos instrumentos internacionais que tratam do direito à informação (e que não prevêm explicitamente o direito à informação administrativa). Em conclusão, o autor considera que o direito de *receber* informação - considerando a importância, na chamada *sociedade da informação*, do fluxo da informação que o poder público exclusivamente possui - já seria justificativa suficiente para conectar a liberdade de informação e o direito de acesso à informação administrativa. Isso porque: se, na jurisprudência constitucional, o direito à informação já se conecta diretamente com o próprio princípio do Estado Democrático, que necessita de uma opinião pública informada e que esta afirmação se faz inclusive a respeito da divulgação de informações sobre "personagens famosos", com muito mais razão se pode defender o mesmo para toda a gama de informações que a própria Administração possui, relacionada com a gestão dos assuntos públicos.²⁵²

Portanto, a relação entre o direito à informação e o direito de acesso à informação administrativa é uma relação entre gênero e espécie. Como no Brasil, como visto, ao garantir

²⁵¹ GUICHOT, El sentido, el contexto y la tramitación de la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Segundo o autor, no cenário espanhol, essa discussão sobre a configuração do direito de acesso à informação administrativa em relação ao direito à informação tomou curso especialmente porque no texto constitucional há a previsão autônoma dos dois direitos, inclusive situados em títulos diferentes da Constituição (diversamente do que ocorre no caso brasileiro, em que ambas as previsões constitucionais encontra-se no artigo 5º). Assim, em sua concepção originária, a liberdade de informação era entendida como direito de abstenção dos poderes públicos de interferirem na livre comunicação entre os particulares e estava prevista no título que tratava dos direitos e deveres fundamentais (artigo 20.1.d); já o direito de acesso à informação administrativa estava contido, de forma apartada, em outro dispositivo, no título que cuidava do governo e da administração (artigo 105). Diante desse cenário, havia entendimentos, inclusive da jurisprudência minoritária, no sentido de que ambos os direitos eram totalmente autônomos, configurando-se o direito à informação como um direito fundamental, enquanto o direito de acesso à informação administrativa não (em razão de suas diferentes posições topográficas). A doutrina majoritária, à partida, também considerava os dois direitos como autônomos; no entanto, posteriormente, passou a defender que o direito de acesso à informação administrativa era uma manifestação concreta do direito fundamental à informação (na sua vertente passiva - receber informação, expressamente consagrado no título que tratava dos direitos e deveres fundamentais, no artigo 20.1.d), de modo que, deste preceito derivaria o correspondente dever de a Administração de facilitar o livre acesso à informação administrativa, como imperativo do princípio da publicidade e da transparência, e em direta conexão com o princípio da democracia.

²⁵² *Ibid.*

o direito à informação, a Constituição tutela o direito à *informação verdadeira*, exige-se o dever de veracidade também na sua prestação direta pelo Estado e seus agentes (pois, se as informações prestadas pelo Estado não fossem plenamente confiáveis, pudessem ser deturpadas ou manipuladas, a garantia de acesso não teria qualquer serventia prática). Ou seja, não é permitido ao Estado informar contrariamente aos seus registros ou ocultar indevidamente dados que dispõe.²⁵³

Questão que merece análise específica diz respeito à titularidade do direito de acesso à informação pública no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. O artigo 5º, XXXIII da Constituição brasileira prevê que *todos* têm o direito de receber informações dos órgãos públicos, afastando, pois, a delimitação de titularidade dos direitos fundamentais estabelecida no caput do artigo 5º, segundo o qual, os direitos fundamentais ali previstos são garantidos aos *brasileiros e aos estrangeiros residentes no país*. Nesse sentido, tem se considerado que as determinações do *caput* são comuns aos seus vários incisos, mas há espaço para a interpretação ampliativa dos direitos fundamentais em razão do texto contrário inserido no próprio inciso XXXIII e também da percepção jurídico-constitucional de que a própria opção do *caput* é "exagerada e inconvenientemente reducionista". Mas, além disso, também se discute a necessidade da demonstração de interesse para se caracterizar a titularidade do direito, já que, da interpretação literal da norma constitucional - que prevê que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu *interesse* particular, ou de *interesse coletivo ou geral* - parece possível se extrair que a demonstração desse interesse seria necessária para embasar o pedido e legitimar o acesso pretendido. No entanto, André Ramos Tavares destaca que é difícil imaginar situações nas quais não possa ser invocado um interesse geral genérico na divulgação de informações - dessa forma, para evitar uma interpretação que leve ao desprezo por um significado mínimo das condicionantes constitucionalmente estabelecidas, a invocação de "interesse geral" não deve ser suficiente para fins de gerar o dever de informar com base no inciso XXXIII.²⁵⁴

Entretanto, ao que parece, a interpretação do autor faz exatamente aquilo que pretende evitar, pois acaba por afastar - de forma ainda mais evidente - um dos sentidos da norma, uma vez que o texto constitucional expressamente prevê que todos têm direito de receber informações de *interesse geral*. Ademais, verifica-se que a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI), editada para regulamentar o artigo 5º, inciso XXXIII (que será analisada adiante), prevê, em seu artigo 10, quanto ao pedido de acesso, que "são vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público" - ao que parece, requerer a comprovação de interesse outro porque não

²⁵³ TAVARES, André Ramos, Comentário ao artigo 5º, XXXIII, *in*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al* (Orgs.), **Comentários à Constituição do Brasil**, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 348 a 350.

²⁵⁴ *Ibid.*

se pode invocar o interesse geral de acesso à informação equivaleria a se exigir a declinação do motivo do pedido, o que é vedado pela lei regulamentadora, em um nítido propósito de salvaguardar o direito de acesso à informação pública de restrições que possam obstaculizar o exercício do direito.

Pontue-se ainda que, assim como se destacou em relação ao direito de acesso à informação geral, o direito de acesso à informação administrativa também não é absoluto. Emilio Guichot ressalta que todos os sistemas jurídicos que prevêm o direito de acesso à informação pública, estipulam algum tipo de limite ou restrição ao exercício do direito, pois uma publicidade ilimitada de informação seria incompatível com a própria existência do Estado e com a plenitude dos direitos constitucionais das pessoas. De forma geral, esses limites ou restrições: (i) devem ser previstos em uma lista exaustiva, com a finalidade de tutela de bens públicos ou privados conflitantes; (ii) não devem ser aplicados em blocos ou por matérias (nem toda informação sobre determinado tema deve estar vedada ao conhecimento público), devendo cingir-se às informações que, divulgadas, possam provocar efetivo prejuízo ao bem ou direito tutelado pela regra de restrição; (iii) constatando-se que a divulgação da informação levaria a um prejuízo dos bens protegidos pela regra de restrição, essa vedação de acesso, a depender do ordenamento jurídico, poderá ser absoluta ou facultativa, caso em que a autoridade poderá realizar uma ponderação com o interesse público de conhecimento da informação; (iv) quando existe um afetado (porque se trata de uma informação elaborada ou relativa a um terceiro, público ou privado), muitos ordenamentos exigem que se lhe consulte ou lhe conceda o direito de veto ou, mais limitadamente, que se tome em conta sua argumentação; (v) geralmente busca-se maximizar o direito de acesso, prevendo-se a possibilidade de concessão de acesso parcial, anonimizado (nos casos em que a informação contenha dados pessoais) e com previsão de limitação da vigência das restrições no tempo. Via de regra, esses limites dizem respeito a interesses públicos - a defesa, as relações internacionais, a segurança exterior e interior, a luta contra o crime, a economia e as finanças públicas, a proteção do meio ambiente, o correto funcionamento da justiça, a efetividade das atividades públicas de vigilância e controle, a existência de um espaço livre de pressões e influências no processo de tomada de decisões públicas - e a interesses privados - a vida privada, em especial no que toca à saúde e segurança das pessoas, os interesses comerciais e econômicos, incluída e propriedade intelectual e industrial.²⁵⁵

No ordenamento jurídico brasileiro, o preceito constitucional garantidor do acesso à informação administrativa prevê expressamente a limitação de seu âmbito de proteção ao ressalvar as informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do

²⁵⁵ GUICHOT, Emilio, Límites a la transparencia y el acceso a la información, *in*: GUICHOT, Emilio (Org.), **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**, Madri: Tecnos, 2014, p. 97 a 142.

Estado, situações em que a reserva é constitucionalmente admitida. Justifica-se nesses casos o sigilo por ser necessário ao bom desempenho da atividade pública ou à manutenção do Estado em uma posição não fragilizada em relação aos demais Estados ou em relação a alguma organização específica.²⁵⁶ Mas, assim como se alertou em relação ao direito de informação geral, a situação de sigilo restritiva do direito de acesso à informação pública é excepcional e só será legítima se estiver constitucionalmente amparada (podendo ocorrer ainda, se, após processo de sopesamento, houver razões mais fortes que amparem outros direitos fundamentais que com ele conflitem).

A LAI trouxe algumas regras restritivas do direito de acesso à informação pública, que também podem impactar a atividade de controle interno estatal, tais como: (i) previu hipóteses às quais referido direito de acesso não se aplica (como aos documentos ou informações preparatórios para a tomada de decisão ou para o ato administrativo²⁵⁷); (ii) indicou quais as informações são consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, logo, passíveis de classificação de sigilo (artigo 23); (iii) estabeleceu que o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais (muito embora tal restrição não possa ser invocada com o intuito de prejudicar o processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, nos termos do artigo 31, caput, §§ 1º e 4º) - tema que, posteriormente, também foi tratado pela Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD); e (iv) consignou expressamente que o disposto na referida lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça, lembrando que há hipóteses específicas de sigilo que afetam diretamente os elementos da atividade de controle estatal, tais como o sigilo imposto ao processo administrativo disciplinar (artigo 150 da Lei nº 8.112/90²⁵⁸) ou os sigilos referentes a determinados elementos de informação que podem servir como meios de prova (como o sigilo bancário, previsto na Lei nº 105/2001, em uma investigação interna de enriquecimento ilícito ou uma sindicância patrimonial).²⁵⁹

²⁵⁶ TAVARES, Comentário ao artigo 5º, XXXIII.

²⁵⁷ Nesse caso, o artigo 7º, § 3º prevê que o direito de acesso fica diferido, devendo ser garantido com a edição do ato decisório respectivo.

²⁵⁸ *Verbis*: artigo 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração. Parágrafo único. As reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado.

²⁵⁹ Além disso, cite-se que a LAI: (i) conceitua como informação sigilosa aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado (artigo 4º, II); (ii) prevê como dever dos órgãos e entidades do poder público assegurar a proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso (artigo 6º, III); (iii) prevê que direito de acesso não se aplica aos projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (artigo 7º, § 1º); (iv) prevê possibilidade de acesso parcial da parte não sigilosa da informação ou do documento (artigo 7º, § 2º); (v) determina a

Segundo Emilio Guichot, via de regra, existindo conflito entre publicidade e privacidade da informação administrativa, tem prevalecido a reserva dos dados que puderem ser qualificados como dados sensíveis²⁶⁰ (relativos a ideologia, crença religião, raça, vida sexual, saúde, aos quais se acrescentam também um regime diferenciado dos dados sobre condenações penais ou administrativas) e cujo conhecimento seja capaz de causar um grave prejuízo aos afetados - lembrando que nem todos os dados íntimos são sensíveis e que nem todos os dados sensíveis são íntimos (alguns dados sensíveis têm conexão com outros tipos de direitos, como o direito à não discriminação). De toda forma, os dados sensíveis são uma boa referência para se saber quando uma publicidade não consentida poderá implicar uma maior ingerência nos direitos constitucionais dos afetados, devendo, portanto, ser excepcional, só justificada se houver razões mais fortes que demonstrem a prevalência de outro direito fundamental; nesse sentido, segundo o autor, fora os casos em que houver previsão legal só parece ser razoável o acesso a dados íntimos por meio de requerimento judicial, no curso de um processo. Por outro lado, deve prevalecer a publicidade dos dados

necessidade de que a negativa do direito de acesso seja motivada (artigo 7º, § 4º, artigo 11, II e artigo 32); (vi) ressalta que o disposto na LAI não exclui as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público (artigo 22); (vii) traz as regras de procedimento para a classificação das informações nos graus de sigilo de ultrassecretas, secretas e reservadas (artigo 24 e 27 e seguintes), inclusive prevendo que, para a classificação em qualquer grau, deverá ser observado o interesse público da informação e utilizado o critério menos restritivo possível, considerados a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado e o prazo máximo de restrição de acesso ou o evento que defina seu termo final; (viii) indica as regras de proteção e controle de informações sigilosas (artigo 25 e 26); (ix) estabelece que as informações pessoais terão seu acesso restrito independentemente de classificação de sigilo pelo prazo de 100 (cem) anos a contar da data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e às pessoas a que elas se referirem (artigo 31, caput e § 1º, I); e (x) prevê que as informações pessoais protegidas pela lei poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se refiram, dispensado o consentimento quando as informações forem necessárias à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico; à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; ao cumprimento de ordem judicial; à defesa de direitos humanos; ou à proteção do interesse público e geral preponderante (artigo 31, § 1º, II e § 3º).

²⁶⁰ Vale ressaltar que a partir da análise do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados da União Europeia (Regulamento UE nº 2016/679) é possível se extrair que assim se consideram os dados pessoais que sejam, pela sua natureza, especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, dado que o contexto do tratamento desses dados poderá implicar riscos significativos para os direitos e liberdades fundamentais (considerando nº 51) - em seu artigo 9º, referente ao "tratamento de categorias especiais de dados pessoais", consta a seguinte regra proibitiva: "é proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa". No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18) conceitua como dado pessoal sensível o dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (artigo 5º, II). O regime de tratamento destes dados também é restritivo (previsto a partir do artigo 11 da referida lei).

pessoais que, sem serem íntimos, estão diretamente relacionados com a organização, a gestão e o gasto públicos, isto é, quando se tratar de acesso à informação relevante para conhecer a correção da atuação administrativa relativa não à vida privada das pessoas, mas à relação entre o poder público e seus próprios empregados, contratados, agentes beneficiários de algum tipo de subvenção etc.²⁶¹

Ressalte-se, entretanto, que o fundamento democrático do direito à informação e da liberdade de expressão, citado *supra*, tem levado algumas Cortes Constitucionais (tais como a Suprema Corte dos Estados Unidos e a *House of Lords* Inglesa) a tratá-los como direitos *prima facie* quando relacionados a assuntos de interesse público diante de um conflito com os direitos da personalidade. Segundo esse entendimento - ao qual voltaremos na última parte deste estudo -, em casos envolvendo interesse público, havendo um eventual conflito com um direito de personalidade, o direito à informação deveria ser tratado como um direito fundamental preferencial *prima facie*, pois em um país que se pretende realizar como efetivamente democrático é necessário se garantir que a população possa ter ciência de todos os assuntos de interesse público e da forma mais ampla possível, pois só assim poderá participar efetivamente do processo democrático. Daí que, para melhor se proteger a democracia, seria necessário que eventual previsão infraconstitucional sobre a restrição da divulgação de informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem somente ocorresse quando não houvesse interesse público em revelá-las, invertendo-se, com isso, a lógica da proteção e deslocando o ônus argumentativo para aquele que pretende afastar o direito à informação.²⁶²

Quanto à vinculação dos Poderes Públicos, Wilson Steinmetz destaca a existência de uma sobreposição parcial (uma área de interseção) entre o âmbito de proteção do direito geral à informação, previsto no inciso XIV do artigo 5º, e do direito de acesso à informação administrativa, previsto no inciso XXXIII do mesmo artigo. Por essa razão, segundo o autor, ambos os incisos devem ser aplicados de forma sistemática e combinada, no seguinte sentido: os poderes públicos estão proibidos de impedir ou obstruir o acesso à informação tanto pelo inciso XIV quanto pelo inciso XXXIII, a diferença é que, naquele primeiro caso protege-se o acesso a toda e qualquer informação e, no último, salvaguarda-se especificamente o acesso àquelas informações que os órgãos públicos detêm.²⁶³

Com efeito, como já exposto, tanto o direito à informação quanto o direito de acesso à informação administrativa geram para o Estado, no polo passivo, o dever de tutela do direito à informação, de garantia de não obstrução, mas, especialmente, o dever de prestação, de

²⁶¹ GUICHOT, Límites a la transparencia y el acceso a la información.

²⁶² CHEQUER, A lei de acesso à informação pública e as informações de caráter pessoal de interesse público.

²⁶³ STEINMETZ, Wilson, Comentário ao artigo 5º, XIV.

difusão da informação que produz ou detém. Noutras palavras, são esses direitos fundamentais que geram para o Estado os deveres de publicidade e transparência, que são os assuntos do próximo tópico.

4.3. Os deveres estatais de publicidade e transparência

O direito de acesso à informação pública vincula todos os entes estatais que compõem o poder público à obrigação de não realizar atos, condutas ou omissões que possam evitar ou limitar a livre recepção da informação de caráter público, de relevância pública ou destinada ao público, de promover as condições que possibilitem seu pleno exercício, eliminando os obstáculos factuais, jurídicos ou comportamentais que afetem ou interfiram por meio de limitações, controles ou formalidades desproporcionais ou não razoáveis à recepção da informação²⁶⁴. Noutras palavras, obrigam o Estado a se abster de dificultar o acesso, a assegurar a melhor fruição do direito e a prestar e a difundir as informações que produza ou detenha.²⁶⁵

A Constituição brasileira estabelece, em seu artigo 37, a publicidade como um dos princípios vetores da atividade administrativa. No entanto, entende-se que o direito de acesso à informação pública faz nascer para o Estado, mais que um dever de publicidade, um dever de transparência. Além disso, a sustentação do próprio regime democrático parece clamar por uma postura de transparência estatal. Esses são os pontos que se pretende tratar doravante; mas, antes, calha contextualizar rapidamente a importância da publicidade e da transparência para o Estado Moderno.

4.3.1. Informação, publicidade e transparência: fundamentos do Estado de direito, do Estado democrático e do Estado republicano

Um dos critérios que diferencia o Estado constitucional do Estado absoluto é o caráter público do poder²⁶⁶ - a transição do Estado absoluto para um Estado que se submete ao Direito perpassa exatamente pelo caminho do abandono do secreto, pela busca de um poder

²⁶⁴ ALCALÁ, El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado in Iberoamerica y Estados Unidos.

²⁶⁵ SARLET; MOLINARO, Direito à informação e direito de acesso à informação como direitos fundamentais na Constituição brasileira. Os autores advertem que essa vinculação se estende também aos atores privados quando estes exerçam qualquer preposição de autoridade administrativa, realizem função ou serviços públicos ou, ainda, operem com recursos e fundos públicos, pois toda a informação que esteja em posse das entidades públicas ou de entidades privadas que exerçam funções ou serviços públicos ou ainda utilizem recursos públicos devem estar submetidos ao princípio da publicidade e ao dever de transparência.

²⁶⁶ BOBBIO, Norberto, **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986., p. 86.

"visível e previsível", que atue nos termos das leis aprovadas regularmente pelos representantes do povo. Dessa forma, essa premissa de *visibilidade* se sustenta pela necessidade de segurança jurídica, pela proibição da política do segredo como uma forma de proibição do arbítrio e como um dever estatal de informação. Nessa perspectiva, alerta Fabrício Motta, é possível se concluir que legalidade, segurança jurídica e publicidade são princípios conectados entre si e ao Estado de Direito.²⁶⁷

Além disso, o pluralismo informativo e a recepção das diversas informações de relevância pública são essenciais para que os membros da sociedade possam exercer o controle dos assuntos públicos e de governo - por isso, é possível afirmar que a informação é um *bem público* que deve ser protegido pela democracia, devendo o Estado e seus órgãos garantir sua livre circulação e impedir que ela seja de qualquer forma obstaculizada, com vistas a garantir o desenvolvimento social.²⁶⁸

Mas as relações simbióticas entre democracia e publicidade vão além disso. Norberto Bobbio analisa essa interação, demonstrando que, para além dos comumente festejados papéis de possibilitadora de controle social e de promotora da democracia participativa, é a publicidade quem garante a efetividade do princípio da representação na democracia representativa e funciona como instrumento de revalorização da relevância política da periferia e que, muito especialmente, a publicidade constitui, *de per se*, uma forma de controle dos atos estatais.²⁶⁹

Segundo o autor, é comum se afirmar que a democracia é o governo do "poder visível", o governo do *poder público em público*²⁷⁰: por um lado, sempre se considerou como um dos eixos do regime democrático que todas as decisões e, mais em geral, todos os atos dos governantes devam ser conhecidos pelo povo soberano; e, por outro, na democracia representativa, é evidente o nexo entre o princípio da representação e o caráter público do poder, pois só é possível se falar em efetiva representatividade se o poder for público, já que decisões secretas não assumem um caráter representativo (*representar é tornar visível e*

²⁶⁷ MOTTA, Fabrício, **Publicidade e transparência são conceitos complementares**, Consultor Jurídico, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/interesse-publico-publicidade-transparencia-sao-conceitos-complementares>>. acesso em: 17 out. 2018.

²⁶⁸ ALCALÁ, El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado in Iberoamerica y Estados Unidos.

²⁶⁹ BOBBIO, **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**, p. 86. Em sentido aproximado, Pedro Costa Gonçalves (Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da "new public governance") destaca: "A interiorização desta cultura de transparência cria estímulos positivos e diminui o espaço para a ocorrência de fenómenos de corrupção e de tráfico de influências e para as práticas de desvio do poder; tem ainda um efeito moralizador, ao prevenir os responsáveis quanto à necessidade de não seguirem opções que não podem explicar ou que, de antemão, sabem que a opinião pública não vai assimilar."

²⁷⁰ O autor usa um jogo de palavras aparente, utilizando o vocábulo público com duas acepções distintas: inicialmente como contraposto de privado e, em seguida, como contraposto de secreto.

*presente um ser invisível mediante um ser publicamente presente*²⁷¹ - atos secretos não se tornam visíveis, de forma que não há pois, representação).²⁷²

Mas, além disso, Bobbio ressalta que a democracia nasceu com a perspectiva de eliminar das sociedades o "poder invisível" (que atua paralelamente ao Estado, mas de forma não visível, como a máfia, as lojas maçônicas anômalas, os serviços secretos incontrolláveis, as *milícias*²⁷³), estabelecendo um governo cujas ações deveriam ser desenvolvidas publicamente.²⁷⁴ Para analisar o alcance do papel da publicidade nessa perspectiva, invoca Kant que, no apêndice à *Paz Perpétua*, desenvolveu o princípio fundamental de que "todas as ações relativas aos direitos de outros homens cuja máxima não é suscetível de se tornar pública são injustas" - noutras palavras, isso quer dizer que uma ação que se é forçado a manter secreta é não apenas uma ação injusta, mas também uma ação que ensejaria uma reação tão forte caso se tornasse pública que sua execução se mostraria impossível²⁷⁵. O momento em que se tornam públicos um ato ou uma série de atos desse tipo até então mantidos em segredo ou ocultos é o momento em que nasce o *escândalo*. É isso o que acontece quando vêm à tona atos de corrupção, peculato, uso de cargos públicos para a

²⁷¹ C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, München-Leipzig. 1928, p. 209, *apud* BOBBIO, **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**, p. 87.

²⁷² *Ibid.* p. 83, 86 e 87. Segundo o autor, a publicidade - o poder visível - também funciona como instrumento de revalorização da relevância política da periferia em relação ao centro, a partir da ideia de que o poder é mais visível quanto mais próximo ele está, pois a visibilidade não depende apenas da apresentação em público de quem está investido do poder, mas também aumenta com a maior proximidade espacial entre governante e governado. Ainda que as novas tecnologias da comunicação tenham encurtado a distância entre eleitos e eleitores, o autor entende que o caráter público do parlamento ainda é indireto (via diário oficial, imprensa, publicação de atas etc); o do governo do município seria mais direto exatamente porque permitiria maior visibilidade dos administradores e suas decisões.

²⁷³ A título ilustrativo, veja-se: <<https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-cacador-de-milicias/>; <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/milicias-crescem-e-ocupam-200-comunidades-do-rio-mais-do-que-o-trafico-3awciedsq8hme63ic2d3hru7j/>; <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46559926>>

²⁷⁴ BOBBIO, **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**, p. 28. No entanto, o autor destaca (p. 82), dentre os constantes debates sobre os insucessos da democracia, a permanência do poder invisível se faz presente como um deles.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 28 e 29. Adiante (p. 89 e 90), o autor cita dois exemplos trazidos por Kant para ilustrar a máxima que liga a publicidade à justiça dos atos: "As aplicações que dela faz Kant, com dois iluminantes exemplos, relativos ao direito interno e ao direito internacional, esclarecem o problema melhor do que qualquer outro comentário. Com relação ao direito interno ele aduz o exemplo do direito de resistência; com relação ao direito internacional, o exemplo do direito do soberano de infringir os pactos firmados com outros soberanos. E argumenta do seguinte modo. No primeiro caso, 'a injustiça da rebelião torna-se clara por este fato: que a máxima desta, no caso de ser publicamente conhecida, tornaria impossível a consecução do próprio objetivo; por isto deve ser mantida necessariamente secreta'. De fato, qual cidadão, no momento mesmo em que aceita o *pactum subjectionis*, poderia declarar publicamente que se reserva o direito de não observá-lo? E que valor teria um semelhante pacto no caso de ser reconhecido este direito aos contraentes? No segundo caso, analogamente, que coisa ocorreria se no próprio ato de estabelecer um tratado com outro estado, o estado contraente declarasse publicamente não considerar-se vinculado às obrigações derivadas do pacto? 'Ocorreria evidentemente — responde Kant — que cada um o evitaria ou faria aliança com outros estados para resistir às suas pretensões', e em consequência 'a política com todas as suas astúcias acabaria por se afastar de sua finalidade, razão pela qual aquela máxima deve ser considerada injusta'".

satisfação de interesses privados - há uma perturbação da opinião pública, gerando o *escândalo*. Apenas o tirano platônico pode executar em público esse tipo de ato injusto, vil, ilícito²⁷⁶ - em uma democracia, tal conduta geraria reação social suficiente para impedir sua concretização. Daí, afirmar-se que a publicidade dos atos estatais é importante não apenas para permitir que o cidadão conheça os atos de quem detém o poder e exerça sobre eles o controle social, mas também porque a publicidade é, por si mesma, uma forma de controle, um expediente que permite distinguir o que é lícito do que não é; servindo a tese de Kant sobre a publicidade dos atos do governo como um verdadeiro remédio contra a imoralidade pública.²⁷⁷

O controle público do poder é ainda mais necessário nos tempos atuais, em que proliferaram substancialmente os meios técnicos à disposição dos detentores do poder para que esses conheçam de forma detalhada tudo o que os membros da sociedade fazem; especialmente em razão da transposição de quase todos os aspectos da vida moderna para o mundo digital, a quantidade de informações que os governos democráticos possuem hoje sobre a sua população era totalmente inalcançável para os déspotas da antiguidade. Assim, a preocupação atual deve ser a de se responder adequadamente à seguinte pergunta: "quem controla os controladores?" - caso essa resposta não seja possível, a democracia, com o advento do governo visível, estará perdida, pois terá se mostrado em uma tendência contrária às suas próprias premissas: a tendência não ao máximo controle do poder por parte dos cidadãos, mas sim ao máximo controle dos súditos por parte do poder.²⁷⁸

Com efeito, não há democracia sem publicidade, sem transparência, pois o cidadão só se torna capaz de participar da vida política do país de forma consciente quando tem conhecimento dos fatos ocorridos no âmbito dessa democracia, mediante amplo acesso às informações de interesse público. Inclusive o mais celebrado e indiscutível direito de participação democrática - o voto - só é exercido em sua plenitude se o cidadão tiver à sua disposição as ferramentas que lhe permitam conhecer os candidatos e os interesses albergados por eles (pois quando opta por determinado candidato, o cidadão necessariamente está aderindo a uma determinada linha ideológica ou política governamental).²⁷⁹ Ou seja, a participação democrática consciente e informada só se

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 89 a 91. A parte final, nas palavras do autor (p. 91): "Apenas o tirano platônico pode executar publicamente inclusive aqueles atos imundos que o cidadão privado ou executa escondido ou, reprimindo-os, os executa apenas em sonho, como se violasse a própria mãe. O critério da publicidade para distinguir o justo do injusto, o lícito do ilícito, não vale para as pessoas em quem, como o tirano, o público e o privado coincidem, na medida em que os negócios do estado são os seus negócios pessoais e vice-versa."

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 29 e 98.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 30.

²⁷⁹ ADI 5394, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 15-02-2019 PUBLIC 18-02-2019.

sustenta no binômio direito à informação e deveres de publicidade e de transparência.²⁸⁰ Emílio Guichot observa inclusive que a ideia de que a sociedade democrática requer cidadãos que possam, por si mesmos e pelos meios de comunicação social, saber como atuam os poderes públicos, e, desse modo, controlá-los, detectar o mal funcionamento e melhorar assim a qualidade da gestão pública é geral, parece estar à margem das diferentes ideologias políticas, ou, melhor dizendo, ser prévia a elas, na medida em que se conecta com a base que permite sua expressão, isto é, com a democracia.²⁸¹

O Supremo Tribunal Federal brasileiro tem destacado ainda, em alguns julgados, que a publicidade e a transparência também constituem deveres eminentemente republicanos²⁸², já que a gestão da "coisa pública" deve ser feita de forma visível - nas palavras do ex-Ministro Carlos Ayres Britto, em uma preocupação de que o "como" se administra a coisa pública prepondere sobre o "quem" administra, considerando que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da república.²⁸³ Além disso, a Corte salienta que o *dever de prestação de contas* encontra seu fundamento de validade no princípio republicano (previsto no artigo 1º caput da Constituição brasileira) e seu corolário imediato no postulado da publicidade (artigo 5º, XXXIII e artigo 37, caput) - daí que os atos praticados pela Administração Pública devem ser pautados, em regra, pela mais ampla transparência permitindo o seu controle e eventual responsabilização das autoridades em caso de não observância do ordenamento jurídico; daí ficar implícito no princípio republicano que o dever

²⁸⁰ Nesse sentido, veja-se também trecho do voto relator no RE 865401, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 18-10-2018 PUBLIC 19-10-2018: "O princípio republicano exige que prevaleça a transparência e o acesso às informações sobre a gestão e a aplicação dos recursos públicos, considerando que esta constitui verdadeira condição de possibilidade para a consolidação de uma democracia constitucional."

²⁸¹ GUICHOT, El sentido, el contexto y la tramitación de la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

²⁸² MS 24725 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 28/11/2003, publicado em DJ 09/12/2003 PP-00042. Veja-se, nesse sentido, os seguintes trechos: "O princípio da publicidade - indissociável, por efeito de sua natureza mesma, do postulado que consagra a prática republicana do poder - não pode sujeitar temas, como o da destinação, o da utilização e o da comprovação de recursos financeiros concedidos pelo Estado, a um inconcebível regime de sigilo, pois, nessa matéria, deve prevalecer a cláusula da publicidade, a impor a transparência dos atos governamentais. Não custa rememorar, neste ponto, que os estatutos do poder, numa República fundada em bases democráticas, não podem privilegiar o mistério." (...) "Não se pode ignorar que o princípio republicano consagra o dogma de que todos os agentes públicos - qualquer que seja a esfera institucional em que atuem - são responsáveis em face da lei e perante a Constituição, devendo expor-se, por isso mesmo, de maneira plena, às consequências que derivem de comportamentos que possam concretizar eventual inobservância do ordenamento positivo. O sistema democrático e o modelo republicano não admitem, nem podem tolerar, a existência de regimes de governo sem a correspondente noção de fiscalização e de responsabilidade."

²⁸³ SS 3902 AgR-segundo, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2011, DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-01 PP-00055 RTJ VOL-00220-01 PP-00149.

de prestação de contas é inerente à condição de todo aquele que atua como gestor da coisa pública em nome da cidadania.²⁸⁴

Dessa forma, em uma perspectiva ampla, os deveres estatais de publicidade e de transparência decorrem do direito fundamental à informação - em especial do direito de acesso à informação administrativa - que é garantido a todos, como forma de possibilitar a concretização da democracia e do princípio republicano e tudo que daí advém por consequência, como: a efetividade da participação democrática, a legitimidade do sistema representativo, a subsistência e eficácia do controle social dos atos administrativos e o dever de prestação de contas dos gestores públicos.

4.3.2. As dimensões da publicidade e da transparência

No entanto, ao que parece, publicidade e transparência não são conceitos exatamente idênticos, embora sejam inegavelmente vinculados.

Como já exposto, quando a Constituição brasileira fala sobre os princípios regentes da administração pública, ela utiliza o termo *publicidade* e não *transparência*. O termo transparência só foi utilizado no texto constitucional em uma emenda constitucional de 2012, que inseriu o artigo 216-A que trata do Sistema Nacional de Cultura²⁸⁵; o texto do *caput* do artigo 37, que alude à publicidade como princípio administrativo é originário de 1988. Também a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação, editada para regular o artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição) e seu decreto regulamentador (Decreto nº 7.724/2012) trazem em seu bojo a ideia de transparência inclusive sobreposta à de publicidade.

Fabício Motta defende que os conceitos de publicidade e transparência são complementares - a transparência, funcionaria, na verdade, como o substrato material do princípio da publicidade. Segundo o autor, o princípio da publicidade não se esgota na regra que impõe a publicidade oficial - embora seja requisito de eficácia dos atos da Administração Pública, a publicação dos atos na imprensa oficial não exaure as exigências do princípio da publicidade. Isso porque a publicidade oficial, por si só, não é capaz de garantir a difusão e o conhecimento da informação - é um requisito necessário, mas que atende apenas o aspecto formal, não sendo capaz de concretizar a publicidade em seu aspecto material. Para que isso aconteça, é necessário que a difusão da informação ocorra da forma mais ampla possível, de forma clara e objetiva, pelos meios adequados, com linguagem acessível, tendo em vista seu

²⁸⁴ ADI 5394, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 15-02-2019 PUBLIC 18-02-2019

²⁸⁵ *Verbis*: "artigo 216-A, § 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: (...) IX - transparência e compartilhamento das informações;"

objetivo e seus destinatários. Assim, o princípio da publicidade estaria correlacionado com o princípio da transparência: exige-se não somente *quantidade* (divulgação da informação no maior número de meios disponíveis), mas também *qualidade da informação*; a transparência seria, pois, o *substrato material do princípio da publicidade* (a transparência exige não só informação *disponível*, mas também informação *compreensível*). Os atos administrativos devem ser, pois, públicos e transparentes: levados ao conhecimento da sociedade por meio dos instrumentos legalmente previstos, mas com a preocupação de que isso seja feito de forma a permitir que os destinatários da informação a apreendam, entendam com clareza seu conteúdo e todos os elementos que a compõem (inclusive o motivo e a finalidade), para que possam exercer efetivamente o controle dos atos estatais.²⁸⁶ Ademais, na esteira da doutrina de Raquel Carvalho, para evitar que ocorra manipulação indevida dos cidadãos e realmente possibilitar o controle de juridicidade dos comportamentos estatais, é necessário se estabelecer como premissa que a publicidade administrativa não se confunde com propaganda afetada ao marketing: com efeito, enquanto a publicidade implica conferir transparência ao comportamento estatal, buscando conceder à sociedade o poder de avaliar e fiscalizar o cumprimento dos objetivos públicos, a propaganda subverte esse processo, pois manipula a informação de forma oportunista (por exemplo, realçando elementos puramente emotivos, recorrendo a estereótipos, colocando em relevo apenas certos aspectos da questão etc) e, com isso, acaba retirando esse poder de controle da sociedade.²⁸⁷

Ana Flávia Messa propõe a diferenciação entre publicidade e a transparência a partir de uma espécie de linha evolutiva democrática, funcionando a transparência como uma *dimensão expansiva da publicidade*. Assim, à medida em que, em uma via de amadurecimento democrático, o exercício do poder vai se abrindo a uma maior interação entre a Administração Pública e o cidadão (com a maior possibilidade de construção conjunta e plural de decisões), passa a haver maior exigência de canais institucionalizados de submissão do poder ao escrutínio público, deslocando-se da necessidade pura e simples de publicidade (como abertura e divulgação dos atos estatais) para uma obrigação de transparência (que acrescenta a preocupação com a acessibilidade e a apreensão da informação). Nesse sentido, em um primeiro momento, a exigência de publicidade - entendida como a obrigação de divulgação dos atos administrativos como requisito para sua eficácia - vai ao encontro da necessidade do sistema representativo de comunicação, de disseminação dos atos, mas ainda sem a preocupação de se garantir a efetiva interação com a sociedade,

²⁸⁶ MOTTA, **Publicidade e transparência são conceitos complementares.**

²⁸⁷ CARVALHO, Raquel, **Publicidade não é propaganda. É transparência governamental e informação ao cidadão.**, Raquel Carvalho, disponível em: <<http://raquelcarvalho.com.br/2018/11/06/publicidade-nao-e-propaganda-e-transparencia-governamental-e-informacao-ao-cidadao/>>. acesso em: 21 mar. 2019.

a participação social; prevalecia aí a ideia de uma espécie de *democracia formal*, em que a participação primordial da sociedade no poder estava quase que limitada ao voto - a partir daí, o representante eleito se obrigava à divulgação dos atos estatais, como requisito para eficácia destes e instrumento de legitimação do sistema representativo. No Brasil, somente na década de 90 é que começam a vir à tona aspirações sociais no sentido de se ampliar a forma e o alcance da divulgação das ações públicas, buscando fortalecer a cidadania - surge assim, um movimento por maior transparência na Administração Pública, com o intuito de se garantir maior acesso e compreensão das informações sobre os atos estatais, para se atrair a participação popular, especialmente em razão da necessidade de se conferir maior legitimidade para as decisões políticas. Assim, a *transparência* surge como um instrumento para solucionar o problema do distanciamento entre os interesses dos cidadãos e as decisões estatais. Trata-se, pois, de um processo de instalação da *democracia concreta, material* que necessita de novos instrumentos de participação da sociedade nas políticas e controles públicos.²⁸⁸

De fato, não há como afastar a vinculação entre publicidade e transparência - ao que parece, segue caminho certo a análise evolutiva de Ana Flávia Messa no sentido de que a

²⁸⁸ MESSA, Ana Flávia, **O princípio da transparência na administração pública brasileira**, Tese de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017., p. 92 a 94. Com esse enfoque, Ana Flávia Messa propõe, adiante (p. 95 a 109), a diferenciação entre publicidade e transparência a partir de três perspectivas diversas: (i) perspectiva normativa, entendendo serem diferentes os fundamentos que justificam a necessidade da publicidade e da transparência na ordem jurídica: a publicidade se vincula, de forma principal, à exigência de divulgação oficial dos atos estatais, relacionando-se à obediência aos aspectos formais na formação da vontade estatal, assumindo, portanto, a condição de requisito necessário à regularidade do ato e mais se aproximando da ideia de democracia formal, que é satisfeita com a divulgação de dados; a transparência, por outro lado, estaria vinculada à efetiva transmissão da informação sobre os atos praticados pela Administração (preocupando-se mais com a real disseminação do conteúdo do que com a forma), relacionando-se à garantia de institucionalização de um processo de interação que de fato possibilite a participação social na formação da vontade administrativa e o controle dos atos estatais pela sociedade, assumindo, pois, a condição de requisito necessário à legitimidade do ato e mais se aproximando da ideia de democracia material, que é satisfeita com a efetiva absorção da informação de qualidade (a transparência representaria um cenário expansivo da publicidade, complementando os seus aspectos formais e ampliando seus efeitos para além da forma, para abranger, especialmente, a qualidade informacional - informações públicas pertinentes, confiáveis, inteligíveis e oferecidas em momento oportuno); (ii) perspectiva intersubjetiva, considerando que cada uma cumpre uma finalidade diferente na relação entre a Administração e os cidadãos: a publicidade seria o meio para colocar os membros da sociedade em condições de conhecer a atividade estatal (sob a perspectiva do cidadão, representa o direito de ter ciência dos atos administrativos, e, sob a perspectiva da Administração Pública, o dever de divulgação oficial da atuação administrativa); já a transparência representaria o meio para colocar a sociedade em condições de compreender a atividade estatal, o que implica uma transformação social, gerando relações mais democráticas entre o Estado e a sociedade, criando um ambiente de cidadãos mais bem informados e mais conscientes quanto ao seu papel e às suas possibilidades no exercício de sua cidadania (fortalecendo, assim, a democracia); (iii) perspectiva objetiva, compreendendo que publicidade e transparência têm diferentes estruturas jurídicas: enquanto a publicidade se destina a garantir a eficácia do ato administrativo, aproximando-se mais da divulgação passiva de informações, a transparência se relaciona com a legitimidade do ato administrativo, preocupando-se em garantir a compreensão pública da atividade estatal e permitir o controle social, aproximando-se mais de uma atitude proativa na proliferação das informações e do conhecimento.

transparência parece proporcionar um ambiente mais condizente à atual realidade democrática, mais desenvolvida, ou, visto de outra forma, parece ser exatamente a transparência a garantidora do desenvolvimento, da evolução dessa realidade democrática. E, ao fim, ao que parece, a conclusão inevitável é de que a divulgação de informação que gera o avanço da cidadania, o fortalecimento da democracia, o efetivo controle social é aquela que, muito mais que com a forma, preocupa-se com a correta e ampla apreensão e compreensão, pela sociedade, do conteúdo do que é divulgado. Assim, seja considerando que a transparência é o substrato material da publicidade seja considerando que a transparência é uma dimensão expansiva da publicidade, fato é que é impossível, no atual estágio da democracia, não trabalhar os dois conceitos de forma conjunta, complementar, integrada, quando se pensa nos deveres de divulgação dos atos estatais.

Diante do exposto *supra* – e lembrando especialmente que não são idênticos os conceitos de publicidade e de transparência e que o *caput* do artigo 37 da Constituição apenas alude ao princípio da publicidade como norteador da atividade da administração pública - é possível afirmar que, no âmbito normativo brasileiro, o princípio da transparência está implícito no princípio da publicidade.

De fato, como dito, considerando que o princípio da publicidade corresponde ao dever estatal de prestar as informações pertinentes aos membros da sociedade em função do direito fundamental à informação - em especial, à informação administrativa - é apenas a publicidade com a dimensão material (nas palavras de Fabrício Motta) ou com uma dimensão expansiva de transparência (nas palavras de Ana Flávia Messa) que cumpre efetivamente esse dever, que atende ao direito fundamental à informação.

O viés formalista do princípio da publicidade sem a dimensão da transparência, apenas atende ao objetivo de divulgar, de tornar público, de colocar luz sobre os atos da administração. É o olhar mais maduro e democrático que lhe sucede, que se preocupa com a efetiva comunicação à sociedade, que cumpre o objetivo de informar (porque divulgar não é necessariamente informar). A ideia de transparência parece, pois, ser um passo seguinte - necessário e até previsível - no caminho evolutivo da democracia e do fortalecimento da cidadania, da participação social na formação da vontade estatal: se, inicialmente, pugnou-se por alumiar os corredores - antes escuros - do Estado com a publicação de seus atos, em um segundo momento, veio à tona a necessidade de trazer a população para perto desse Estado ainda distante. Isso porque, embora com este Estado mais iluminado, as informações ainda não se faziam chegar, não eram perceptíveis para a maioria da sociedade, estavam em linguagem técnica demais, rebuscada demais para ecoarem de forma ampla e, além disso eram divulgadas em meio não amigável à maioria da população. Em resumo: a publicação não comunicava a informação. A exigência de transparência veio, pois, para tentar superar

esses obstáculos, pugnando pelo maior cuidado com o conteúdo do que se informa, a acessibilidade, a linguagem e o meio pelo qual são disponibilizadas as informações.

Não se pode olvidar, ademais, que os enormes avanços quanto às tecnologias da informação influenciaram substancialmente esse processo de amadurecimento, porque mudaram completamente as relações entre a sociedade e a informação. As novas tecnologias redimensionaram as relações de espaço, distância e tempo, abriram possibilidades (antes inimagináveis) de comunicação muito mais amplas, eficazes e velozes, permitindo que as informações produzidas pelo Estado efetivamente se tornassem acessíveis e disponíveis à sociedade, pavimentando, assim, o caminho dessa evolução de publicidade para transparência. Determinaram, doutro lado, que o Estado repensasse seu papel como produtor e fornecedor de informação, para atender a contento à demanda da sociedade por informação - nessa nova era, a informação carrega valor e seu tratamento é instrumento de poder. Cabe destacar, ademais, que a credibilidade da gestão pública aumenta à medida em que aumenta a imersão do indivíduo em uma cultura de acesso à informação pública.²⁸⁹

Assim, não há dúvidas de que a transparência é um princípio constitucional implícito, podendo ser encarado como uma dimensão do princípio da publicidade.

Foi nesse contexto de reconhecimento da necessidade de efetiva transparência para cumprimento, pelo Estado, de seu dever de informar que foi publicada no Brasil a já citada Lei nº 12.527/2011, que regula o direito fundamental de acesso à informação administrativa²⁹⁰ (previsto no artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição) e o Decreto nº 7.724/2012, que a

²⁸⁹ RIBEIRO FILHO, Helso do Carmo; ANTONY FILHO, Flávio Cordeiro, Direito à informação e privacidade do servidor público, **Revista Jurídica Consulex**, ano XVI, n. 381, p. 54–55, 2012.

²⁹⁰ Há que se ressaltar, entretanto, que antes da Lei de Acesso à Informação algumas leis já previam a necessidade de publicidade de atos administrativos no ordenamento jurídico brasileiro (mas com viés mais aproximado com a publicidade do que com a transparência), como: (i) a Lei nº 9.784/99 (lei que regula processo administrativo), em seu artigo 2º, inciso V exige a divulgação oficial dos atos administrativos e em seu inciso X garante a comunicação nos processos de que possam resultar sanções e nas situações e litígios; (ii) a Lei nº 8.666/93 (lei que traz as normas gerais para as licitações e os contratos administrativos) contém diversos dispositivos em que prevê publicidade dos atos, tais como: artigo 4º, parte final (permite qualquer cidadão acompanhar os procedimentos licitatórios); artigo 21, I (obrigatoriedade da publicação do resumo do edital em datas prefixadas), artigo 39 (previsão de audiência pública no caso de licitações que ultrapassem determinados valores), artigo 61, parágrafo único (publicação de extratos de contratos e convênios), artigo 109, § 1º (publicação de intimação para atos como habilitação, julgamento, anulação, rescisão, revogação), artigo 25, § 2º (determina que os preços registrados sejam publicados trimestralmente para orientação da Administração na imprensa oficial), dentre outros. O conceito de transparência, no entanto, já aparece em 2000, na Lei de Responsabilidade Fiscal - Lei Complementar nº 101/00, que estabelece instrumentos de transparência da gestão fiscal, e na Lei Complementar nº 131/09, que acrescentou novos dispositivos à Lei de Responsabilidade Fiscal, em especial, determinou a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, criando os "portais da transparência". No entanto, vale destacar que o Portal da Transparência do Poder Executivo Federal foi criado ainda em 2004, em uma iniciativa da Controladoria-Geral da União (<http://www.portaltransparencia.gov.br/>).

regulamentou bem como o Decreto nº 8.777, de 11 de maio de 2016, que instituiu a Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal.²⁹¹

A LAI está orientada pelos princípios internacionalmente consagrados como boas práticas no que toca ao direito de acesso à informação pública: (i) máxima publicidade, com abrangência ampla quanto às informações e aos órgãos envolvidos; (ii) obrigação de publicar informações de interesse público; (iii) abertura de dados; (iv) promoção de um governo aberto; (v) criação de procedimentos que facilitem o acesso (ágeis, transparentes, em linguagem de fácil compreensão com possibilidade de apresentação de recurso em caso de negativa de acesso à informação e com a utilização dos meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação). Pauta-se por dois tipos de obrigações principais estatais, um responsivo e outro proativo: o dever de responder aos pedidos de informação que receber dos cidadãos, disponibilizando os dados requisitados e permitindo o acesso aos documentos solicitados (transparência passiva) e o dever de divulgar as informações de interesse público de forma proativa, independentemente de demanda, como rotina dos órgãos e entidades (transparência ativa).²⁹² Verifica-se, pois, que a LAI se apresenta de forma ainda mais condizente com as demandas da sociedade da informação, dando um salto qualitativo na previsão da obrigação informativa estatal - de mera transparência passiva para transparência ativa²⁹³ - com disponibilização das informações em meio de amplo acesso, de fácil localização

²⁹¹ E nesse ponto, calha trazer à baila a observação de Emílio Guichot (El sentido, el contexto y la tramitación de la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno) quando da análise do contexto da aprovação da lei de acesso à informação espanhola (Ley 09/2013 - Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno - LTBG), que se aplica perfeitamente ao contexto brasileiro: segundo o autor, a crise institucional (que, no Brasil, se deu especialmente em função do descrédito sistema representativo) levou à reivindicação da transparência como um passo para a regeneração democrática; no entanto, é evidente que apenas uma norma sobre acesso à informação não melhoraria do dia para a noite o funcionamento das instituições públicas, se não viesse acompanhada de uma efetiva mudança de cultura, uma melhoria no ambiente institucional, de melhora da ética pública (de governantes e de governados, pois o Estado é reflexo da sociedade), ou, no mínimo, da garantia de seu cumprimento efetivo e da participação de uma cidadania ativa e vigilante (incluindo os meios de comunicação e as organizações não governamentais)

²⁹² Nesse sentido: RE 865401, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 18-10-2018 PUBLIC 19-10-2018.

²⁹³ A LAI definiu que, a par de haver outros meios de difusão, é obrigatória a existência de canal na internet para divulgação das iniciativas de transparência ativa (artigo 8º, § 2º), trazendo a indicação de um rol mínimo de informações que os órgãos e entidades públicas deverão expor em seus sítios eletrônicos, destacando-se: as competências e estruturas organizacionais, endereços, telefones e horários de atendimento ao público, os registros de repasses ou transferências de recursos financeiros, os registros de despesas, as informações referentes aos procedimentos licitatórios e aos contratos celebrados, os dados gerais para o acompanhamento de seus programas, ações, projetos e obras e as respostas às perguntas mais frequentes da sociedade (artigo 8º, § 1º). Vale lembrar, ademais, que a Lei nº 12.813/2013 (Lei do Conflito de Interesses) também determina que seja publicada, com atualização diária, a agenda das autoridades que indica (grosso modo, integrantes da alta direção do órgão ou entidade) e o Decreto nº 7.727/12 determina a divulgação da remuneração e subsídio recebidos pelos servidores públicos federais e por qualquer ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público na Administração Pública federal (artigo 7º, § 3º, VI).

e pesquisa simplificada, de forma a permitir o efetivo conhecimento, participação e controle, contribuindo para se construir uma gestão pública mais eficaz e transparente.

Além disso, na senda de se constituir como um *governo aberto*²⁹⁴ - ou seja, no qual haja uma cultura de governança baseada em políticas e práticas sustentáveis, inspiradas nos princípios da transparência, *accountability* e participação, que promova a democracia e o crescimento inclusivo²⁹⁵, estando aberto ao escrutínio e à contribuição da sociedade²⁹⁶ -, foi instituída, pelo Decreto nº 8.777, de 11 de maio de 2016, a Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal brasileiro. Na esteira das boas práticas internacionais, referida política se orienta pelos seguintes princípios e diretrizes: publicidade ampla das bases de dados; acesso irrestrito às bases de dados, que devem estar legíveis por máquinas e disponíveis em formato aberto; descrição da base de dados com informações suficientes para compreensão de eventuais ressalvas quanto à sua qualidade e integridade; permissão irrestrita de reuso da base de dados publicadas em formato aberto; completude e interoperabilidade das bases de dados; atualização periódica; designação clara de responsável pela publicação, atualização, evolução e manutenção de cada base de dados, incluída a prestação de assistência quanto ao uso dos dados (artigo 3º).

Essa abertura da Administração Pública pela transparência - movimento que teve início na década de setenta²⁹⁷, mas que ganhou força a partir de 2009²⁹⁸ e foi impulsionado

²⁹⁴ Rodrigo Hickmann Klein, Edimara Mezzomo Luciano e Marie Anne Macadar (Grau de transparência de dados abertos governamentais do site dados.rs.gov.br, **Revista Economia & Gestão**, v. 15, n. 41, p. 256–285, 2015.) afirmam que, para um governo ser considerado aberto, ele deve buscar alcançar quatro objetivos: "a) aumentar a disponibilidade de informações sobre atividades governamentais; b) apoiar a participação social; c) implementar os padrões mais altos de integridade profissional na Administração; d) aumentar o acesso a novas tecnologias que promovam a transparência e accountability."

²⁹⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE), **Open government: the global context and the way forward. Highlights 2016.**, disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/open-gov-way-forward-highlights.pdf>>. acesso em: 25 jan. 2019.

²⁹⁶ AGÊNCIA PARA A MODERNIZAÇÃO ADMINISTRATIVA (PORTUGAL), **Guia dados abertos**, disponível em: <https://www.ama.gov.pt/documents/24077/24804/guia_dados_abertos_ama.pdf>. acesso em: 16 mar. 2019.

²⁹⁷ Especialmente nos Estados Unidos, com a publicação do Foreign Corrupt Practice Act (FCPA). O FCPA - responsável pela consolidação do conceito de *compliance*, do qual se falará adiante - foi promulgada nos Estados Unidos, em 1977, para fazer frente a diversos escândalos de corrupção que tinham vindo à tona no país. Em breve síntese, na década de setenta, as autoridades norte-americanas realizaram uma investigação sobre doações corporativas para fins políticos que revelaram um esquema de pagamentos ilícitos a funcionários públicos estrangeiros; as empresas se valiam de fundos *offshore* (ou seja, cuja contabilidade está em país diverso daquele em que exerce a atividade) para o pagamento das propinas aos funcionários públicos estrangeiros, visando assegurar seus negócios fora dos Estados Unidos - ficou comprovado que grandes empresas americanas como a Exxon, a Northrop, a Lockheed se valiam desse expediente ilícito. O FCPA foi aprovado para proibir o pagamento de propinas a funcionários públicos estrangeiros e buscar restaurar a imagem e confiança das empresas norte-americanas no mercado mundial.

²⁹⁸ Nesse sentido, Maria Paula Almada Silva e Maria Dominguez (Etransparência e dados abertos governamentais: O ambiente digital como lócus dos avanços do governo brasileiro nas políticas, leis e parcerias internacionais, **Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação Política - Compolítica**, 2017) asseveram que: "Apesar de o movimento que reivindica governos mais abertos

pelo desenvolvimento das novas tecnologias de comunicação - foi reforçada pela iniciativa internacional de criação do *Open Government Partnership*, em 2011, com o objetivo de promover a transparência (inclusive no viés de abertura dos dados e ações governamentais), lutar contra a corrupção e dar mais poder aos cidadãos, por meio de políticas de cooperação que visem estimular a participação e colaboração nas tomadas de decisões políticas. A iniciativa atualmente congrega inúmeros países - dentre eles, o Brasil, *membro-fundador* - que aderiram e se comprometeram a atingir as metas previstas na área de transparência e de abertura dos dados governamentais²⁹⁹ (*open government data*, conceituados pela Organização das Nações Unidas como dados governamentais que são, de forma proativa - ou seja, independentemente da existência de exista qualquer demanda nesse sentido, divulgados e disponibilizados online para que todos possam acessá-los, reutilizá-los e redistribuí-los sem qualquer restrição.³⁰⁰

Uma das grandes preocupações da política de dados abertos é facilitar seu acesso e reutilização pela sociedade³⁰¹ - razão pela qual é essencial a introdução das novas

não ser novo, houve um crescimento significativo de iniciativas de dados abertos ao redor do mundo, com notável incremento verificado a partir de 2009, graças à Diretriz de Governo Aberto adotada pelo governo federal norte-americano. Seguindo a mesma linha, o governo do Reino Unido lançou em 2010 o Power of Information Taskforce Report e a Comissão Europeia apresentou diretrizes de reutilização de informações do setor público. Iniciativas como estas são impulsionadas por organizações internacionais como o Banco Mundial, as Nações Unidas e pela Parceria pelo Governo Aberto (Open Government Partnership - OGP)."

²⁹⁹ O acordo inicial foi realizado em 2011, em reunião da Assembléia Geral da ONU, com a participação de apenas oito chefes de Estado: Brasil, Estados Unidos, Reino Unido, Indonésia, África do Sul, México, Filipinas e Noruega. Havia indicação de critérios mínimos de participação (transparência orçamentária, acesso à informação, divulgação de declarações patrimoniais pelas autoridades, proteção da liberdades civis e participação social) e o país deveria concordar em atender a requisitos: (i) endossar a Declaração de Princípios de *Open Government*; (ii) apresentar plano de ação nacional com compromissos para avançar a agenda de governo aberto do país (luta contra corrupção, engajamento cidadão, transparência e abertura governamental); (iii) desenvolver o plano de ação por meio de consultas a atores nacionais, públicos e não públicos; (iv) comprometer-se com uma auto-avaliação e com uma avaliação independente do progresso na implementação dos compromissos assumidos; (v) contribuir para avanços em outros países, compartilhando boas práticas, expertise, tecnologia e recursos. (Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/conselho-da-transparencia/documentos-de-reunioes/arquivos/14-apresentacao-conferencia-ogp.pdf>>, acesso 23 mar 2019). Atualmente, conforme dados atualizados da Open Government Partnership são mais de 80 países participantes <<https://www.opengovpartnership.org/countries/list>>, acesso 23 mar 2019).

³⁰⁰ UNITED NATIONS, **Guide on Lessons for Open Government Data Action Planning for Sustainable Development**, New York: United Nations Publication, 2017.

³⁰¹ David Eaves (**The Three Laws of Open Government Data**, eaves.ca, disponível em: <<https://eaves.ca/2009/09/30/three-law-of-open-government-data/>>. acesso em: 23 mar. 2019 - Utilização da tradução disponível em <<http://dados.gov.br/pagina/dados-abertos>> acesso em: 23 mar. 2019) enumera as "três leis de dados abertos": (i) se o dado não pode ser encontrado e indexado na web, ele não existe; (ii) se o dado não estiver aberto e disponível em formato compreensível por máquina, ele não pode ser reaproveitado; e (iii) se algum dispositivo legal não permitir sua replicação, ele não é útil. Assim, em resumo, como exposto no **Guia dados abertos** da Agência para a Modernização Administrativa (Portugal) devem ser verificadas as seguintes condições: (i) garantia de acessibilidade: deve ser fácil encontrar os dados, através de uma pesquisa simples na internet, sem custos para o utilizador; a informação deve estar completa, clara e disponível em ficheiros de uso comum que possam ser processados automaticamente por softwares e sistemas; (ii) a utilização

tecnologias da informação na Administração Pública -, de forma a beneficiar tanto os cidadãos, para que possam ter acesso mais fácil e imediato às informações públicas (reforçando a ideia de transparência e de prestação de contas), quanto as instituições governamentais, que tornam-se mais transparentes o que pode levar a uma maior eficiência, melhor qualidade do serviço público prestado e maior confiança da população no papel do Estado, bem como os setores empresariais que podem se valer das informações públicas para seus negócios, uma vez que seu tratamento tem alto potencial comercial.³⁰²

Raquel Carvalho destaca que a disponibilização, voluntariamente pelo Estado, de uma quantidade cada vez maior de informações à sociedade é uma tendência mundial, especialmente se valendo das novas tecnologias de comunicação (nomeadamente, de portais na internet), medida que tende a reduzir sensivelmente os pedidos de acesso à informação³⁰³, gerando, pois, ganho em tempo e em menor burocracia para o cidadão e possibilitando à Administração alocar melhor seus recursos e servidores. Além disso, a publicização dos dados por meio da política de dados abertos e da transparência ativa pode contribuir ainda para a geração de novas informações e serviços de valor agregado que podem ser colocados à disposição da sociedade (por exemplo, para fins empresariais ou para organizações não governamentais ou iniciativas particulares que tratem dados com finalidade de fazer denúncias, debates sociais etc). Isso porque permite-se o cruzamento de dados de procedências distintas e a descoberta de novas aplicações para eles, o que, por sua vez, pode levar a uma informação mais apurada à disposição das autoridades públicas, que permita melhorar as políticas e adaptá-las às necessidades da sociedade, assim como detectar de forma mais certa aquilo que não está funcionando. Segundo Concepción Barrero, Emilio Guichot e Concepción Horgué, isso se conecta com a ideia de governança e de governo aberto e colaborativo, que está por detrás dos projetos denominados *open data* (liderados mundialmente por Estados Unidos e Reino Unido), os quais, por sua vez, colocam o desafio de se garantir a preservação dos interesses tutelados pelas restrições previstas nas leis de acesso, levando em conta os riscos do que pode ser descoberto ou produzido como

também deve ser aberta: os conteúdos podem ser livremente utilizados, reutilizados e redistribuídos, os dados podem ser cruzados com outras fontes de informação e gerar uma combinação de bases de dados abertos, devem ser disponibilizados os dados tais como colhidos na fonte, sem agregação ou modificação e o mais rápido possível (quanto mais recentes e atuais, mais úteis); (iii) ausência de restrições à reutilização: devem estar disponíveis para qualquer pessoa, sem necessidade de registro ou outro procedimento que impeça ou monitore o acesso, qualquer indivíduo ou coletividade deve poder acessar a informação, não havendo restrições legais associadas por exemplo ao setor de atividade ou esfera de atuação nem ao objetivo da consulta ou eventual utilização.

³⁰² Por essa razão também há uma grande preocupação com os aspectos técnicos - como o armazenamento em ambiente digital em formato não proprietário, legível por máquinas, sem restrições - que assegurem a toda a sociedade condições mínimas para (re)aproveitar o valor social, político e econômico das informações públicas disponibilizadas.

³⁰³ CARVALHO, **Publicidade não é propaganda. É transparência governamental e informação ao cidadão.**

informação nova, a partir do cruzamento de dados e com base em informações a princípio "inofensivas".³⁰⁴

Vê-se, portanto, que a concretização da ideia de Governo Aberto, a disponibilização dos dados abertos governamentais, o direito de acesso à informação pública e os deveres informativos do Estado (de transparência e publicidade) são temas intrinsecamente vinculados - todos, alfim, voltam-se à ampliação, para a sociedade, da disponibilidade e acessibilidade de informações públicas detidas pelo Estado.³⁰⁵ Na verdade, no Brasil, as trajetórias de institucionalidade dos movimentos de transparência e de governo aberto se retroalimentam - como exposto acima, embora previsto no texto constitucional originário, o direito de acesso à informação pública só foi regulamentado em 2011, com a Lei de Acesso à Informação que trouxe regras sobre transparência passiva e transparência ativa e, nesta última seara, estabeleceu não apenas o conteúdo mínimo a ser publicado, mas também alguns requisitos, dentre eles, a possibilidade de acesso e a gravação de relatórios em formato aberto (artigo 8º, § 3º, II e III); assim, em sintonia com os compromissos assumidos pelo Brasil na *Open Government Partnership*, a LAI tornou-se a primeira lei de acesso à informação no mundo a adotar em seu âmbito o paradigma dos dados abertos, regras que posteriormente vieram a ser complementadas pelo Decreto nº 8.777/2016.

4.4. Enfim, a *accountability*

O último ponto a ser tratado neste tópico - que trata, de forma geral, da exigência de transparência estatal - não é instrumento dessa maior abertura do Estado, mas resultado dela. Via de regra, a ideia de *accountability* vem relacionada com a de responsabilização dos

³⁰⁴ BARRERO, Concepción; GUICHOT, Emilio; HORGUÉ, Concepción, Publicidad activa, *in*: GUICHOT, Emilio (Org.), **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**, Madri: Tecnos, 2014, p. 143 a 198. De fato, alertam os autores, o fornecimento indiscriminado de dados pode trazer como riscos a possibilidade de interpretações errôneas, de divulgação de informações parciais ou tendenciosas, que podem levar à afetação de valores fundamentais da vida em sociedade; no entanto, esses mesmos riscos acabam também servindo para estimular a melhoria das políticas públicas referentes à matéria, especialmente em uma sociedade aberta.

³⁰⁵ Ana Júlia Possamai e Vitoria Gonzatti de Souza (Transparência e dados abertos no governo federal: possibilidades e desafios a partir da lei de acesso à informação, **Anais do Encontro Nacional de Ensino e Pesquisa do Campo de Políticas Públicas**, v. 2, n. 2, p. 688 a 715, 2017), no entanto, destacam que, apesar das sinergias, há diferenças nas abordagens e estratégias referentes à promoção do direito à informação e dos dados abertos governamentais: no primeiro caso, busca-se garantir acesso a informações qualitativas e quantitativas, independentemente do formato em que se encontram armazenadas, utilizando-se como fundamento o exercício do direito fundamental e também o caráter instrumental do direito de acesso à informação para garantia da concretização de outros direitos, como o direito à liberdade de expressão, de opinião e de participação informada; já no segundo caso, há enfoque não apenas nas medidas que viabilizem o acesso às informações públicas, mas também nos aspectos técnicos e legais da divulgação, buscando-se assegurar que todos os membros da sociedade tenham condições mínimas para (re)aproveitar o valor social, político e econômico inerente às informações públicas geradas e coletadas pelo Estado, sem restrição.

gestores / servidores públicos, prestação de contas e transparência na Administração Pública; como um instrumento de tornar os governos responsáveis diante do público - a existência de efetivo *accountability*, inclusive, é comumente utilizada como critério para se avaliar o grau de abertura de um governo.³⁰⁶

Anna Maria Campos - em uma análise que remonta ao início da década de 90, mas que ainda se mostra muito atual - defende que o termo *accountability* não tem uma tradução satisfatória para o português, de forma que o melhor é utilizar o estrangeirismo e se concentrar no seu significado³⁰⁷, especialmente porque, desde logo, descarta-se limitar o significado de *accountability* a questões referentes à simples criação de mecanismos de controle burocrático, o que não tem surtido o efeito necessário para tornar efetiva a responsabilização de servidores e gestores públicos.

Para melhor delimitar o verdadeiro significado da *accountability*, a autora propõe, à partida, reconhecer a existência de um elo entre *accountability* e a necessidade de proteger os cidadãos da má conduta burocrática ou administrativa - isso direciona a definição à teoria normativa e aos estudos sobre os deveres da administração e do governo, levando à percepção de que o conceito de *accountability* deveria estar relacionado com os direitos do cidadão. Trazendo, pois, à tona o caráter de responsabilização ou de obrigação, a autora, com fundamento em Frederick Mosher³⁰⁸, parte para a concepção de *accountability* como um sinônimo de responsabilidade objetiva ou de obrigação de responder por algo (como um conceito oposto, mas não incompatível, ao de responsabilidade subjetiva).

Anna Maria Campos trabalha, assim, a ideia de obrigação que, se não é sentida subjetivamente (da pessoa, perante si mesma) pelo detentor da função pública, deverá ser exigida "de fora para dentro", compelida pela possibilidade de atribuição de prêmios e castigos àquele que se reconhece como responsável. E, sendo assim, mostra-se necessário definir quem deveria ser reconhecido como capaz de cumprir (externamente) ao exercício da *accountability*, quem teria o poder de declarar alguém responsável (um eleitor?, um funcionário público de nível mais elevado?, um tribunal?). Considerando questões sobre representação e legitimidade do poder, com fundamento na teoria democrática, entende que a *accountability* deveria ser enxergada, então, como uma questão de democracia - quanto

³⁰⁶ Na linha da doutrina de Fernando Filgueiras (Além da transparência: *accountability* e política da publicidade, **Lua Nova**, v. n. 84, p. 353 a 364, 2011) *accountability* seria uma espécie de pressuposto de que a ordem política democrática se consolida e se legitima mediante a responsabilização dos agentes públicos perante os cidadãos, tendo em vista a relação entre governantes e governados, sendo os últimos os titulares do poder estatal.

³⁰⁷ CAMPOS, Anna Maria, *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?*, **Revista de Administração Pública**, v. 24, n. 2, 1990. Os parágrafos seguintes trazem um breve resumo sobre a doutrina da autora, dada sua pertinência com o assunto aqui analisado.

³⁰⁸ MOSHER, F., **Democracy and the public service**. New York, Oxford University, 1968. p. 7, *apud* CAMPOS, Anna Maria, *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?*

mais avançado o estágio democrático de uma sociedade, maior seu interesse pela *accountability*.³⁰⁹

E, nesse sentido, à medida que as estruturas administrativas (e burocráticas) vão se desenvolvendo para atender às responsabilidades do Estado, há a necessidade de proteger os direitos do cidadão contra os usos (e abusos) do poder pelo governo como um todo ou de qualquer servidor ou indivíduo investido na função pública - tal proteção, embora deva contar com os necessários mecanismos de controle interno estatais, não deve se contentar apenas com eles, pois não são suficientes para garantir a prestação estatal de acordo com os padrões normativos do governo democrático. De fato, a forma de organização do poder e de funcionamento do controle interno não têm se mostrado aptas para, sozinhas, extirpar os abusos potenciais como a corrupção, a conduta antiética ou o uso arbitrário do poder - de acordo com Anna Maria Campos essa insuficiência dos controles internos pode decorrer, inclusive, da sua usual limitação aos valores burocráticos tradicionais - tais como eficiência, honestidade e observância das regras -, o que não permite alcançar outros padrões de desempenho que merecem consideração, como a qualidade dos serviços, a maneira como são prestados, a justiça na distribuição de benefícios e nem mesmo a distribuição dos custos econômicos, sociais e políticos dos serviços e bens produzidos, o grau de adequação dos resultados dos programas às necessidades da clientela.

Daí se entender que o verdadeiro controle das ações do governo só ocorrerá se for realizado de forma isenta, externa, pelos cidadãos no exercício ativo de sua cidadania (por uma opinião pública bem-informada). Noutras palavras, o controle democrático não pode ser eficaz se limitado à estrutura do Estado (do Poder Executivo) - com o aumento das atividades governamentais e o aumento da intervenção do governo na vida dos cidadãos há a necessidade, de outro lado, da expansão dos limites da arena de quem exerce o controle. Dessa forma, o problema do controle assume uma dimensão de legitimidade: *controlar o controlador* é uma prerrogativa essencial dos cidadãos, da cidadania organizada (uma vez que os cidadãos individualmente considerados não dispõem de força suficiente para conter o abuso de poder por parte do governo).

Diante disso, Anna Maria Campos aduz que apenas a partir de uma cidadania organizada (formada por cidadãos vigilantes e conscientes de seus direitos) é que se cria condições para *accountability*; ambiente esse que não se desenvolve em uma sociedade desmobilizada ou com um povo que se porta como tutelado, tendo o Estado como tutor ³¹⁰.

³⁰⁹ CAMPOS, Anna Maria, *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português? Segundo a autora, a *accountability* governamental tende a acompanhar o avanço dos valores democráticos como a igualdade, a dignidade humana, a participação e a representatividade.

³¹⁰ *Ibid.* Segundo a autora, por isso, há maior preocupação com a *accountability* nas sociedades com cidadania organizada do que em outras em que o estágio de desenvolvimento político ainda não é tão avançado; cite-se o seguinte trecho: "Enquanto nas democracias mais amadurecidas a textura política

Noutras palavras, uma sociedade precisa atingir um certo nível de organização de seus interesses públicos e privados para só então se tornar capaz de exercer o controle sobre o Estado - esse controle será maior, terá mais qualidade e mais força quanto mais fortalecida estiver a malha institucional da sociedade civil (à medida em que os diferentes interesses vão se organizando, maior a possibilidade de exercerem o controle da atuação estatal e cobrarem do governo aquilo a que têm direito).

E para que todo esse processo efetivamente ocorra, levando a uma democracia verdadeiramente participativa e à existência de uma *accountability* real, é necessário, como primeira condição, o desenvolvimento da consciência popular. Quando isso acontece, a democracia vai amadurecendo, o cidadão passa de mero consumidor de serviços públicos e objeto de decisões públicas a ator social ativo, guardião efetivo de seus direitos. No entanto, para alcançar resultados é necessário outro pré-requisito: o sentimento de comunidade. Nesse sentido, o desenvolvimento das instituições na sociedade favorece a recuperação da cidadania e a vida democrática, pois a cidadania organizada é capaz de influenciar não apenas na identificação de necessidades da sociedade e na canalização das demandas, mas também cobrar melhor desempenho do serviço público e melhor atuação estatal. Esse, no entender da autora, parece ser o caminho da *accountability*.³¹¹

Dessa forma, na visão de Anna Maria Campos, a *accountability* perpassa pelo controle das atividades estatais realizada pela sociedade consciente e organizada - para que aconteça, é necessário uma opinião pública bem informada, o que nos leva, necessariamente, ao direito à informação e à transparência. Não há possibilidade de *accountability* sem transparência (um Estado mais transparente está consequentemente mais submetido ao escrutínio popular).

Repise-se: a simples publicidade dos atos governamentais não satisfaz as necessidades do cidadão de participação democrática - é necessária qualidade informacional (informação verdadeira, assimilável, compreensível, tempestiva, completa, confiável); só uma sociedade participativa e consciente desempenha de forma satisfatória o exercício da democracia, tendo livre arbítrio para opinar e fiscalizar os gastos públicos. O aumento da transparência auxilia o envolvimento dos diferentes grupos no acompanhamento da gestão³¹² - funciona, assim, como um estímulo para melhor organização da sociedade civil, em um

é caracterizada por uma bem-sedimentada rede de associações, nos países menos desenvolvidos tais estruturas denotam um alto grau de pobreza política. As poucas instituições existentes parecem não ter compromisso com sua própria continuidade. Falta-lhes, além disso, legitimidade, em razão da fragilidade de suas bases, agravada pela falta de aptidão para a auto-sustentação. Frequentemente, vão buscar apoio financeiro no próprio governo. Em semelhantes contextos, o exercício da democracia fica limitado à participação em eleições esporádicas."

³¹¹ *Ibid.*

³¹² FIGUEIREDO, Vanuza da Silva; SANTOS, Waldir Jorge Ladeira dos, Transparência e controle social na administração pública, **Temas de Administração Pública**, v. 8, n. 1, 2013.

movimento, como exposto, de retroalimentação da *accountability* (transparência gera mais organização que gera mais *accountability* que gera mais transparência), lembrando, inclusive, que nos países em que há maior transparência, os indicadores de corrupção, via de regra, são mais reduzidos³¹³, especialmente em função do aumento do *accountability*, que ajuda a diminuir os desvios éticos, os atos de improbidade, de fraude e demais danos à Administração Pública.³¹⁴

Pois bem, ultrapassados estes pontos que, como exposto no início do capítulo, servirão como importantes balizas para as análises vindouras quanto ao controle estatal (e sua aplicação em relação aos servidores público), passa-se ao primeiro objeto específico de estudo desta tese: o controle interno estatal.

CAPÍTULO II. O CONTROLE INTERNO ESTATAL

1. OS CONTROLES DO ESTADO

1.1. O moderno conceito operatório de controle estatal

A constatação da necessidade de se controlar as atividades do Estado não é fruto de modernos episódios de corrupção que afetam a máquina administrativa ou do recente clamor por integridade na atividade pública - na verdade, muito embora seja um dos instrumentos das políticas anticorrupção, a atividade de controle estatal vem acompanhando *pari passu* as transformações do Estado.

Com efeito, no Estado Absolutista, por exemplo, a ideia de controlar a atuação estatal despertava muito pouca preocupação; já na transição para o Estado Liberal o controle estatal, em sua concepção mais rudimentar, tinha como objetivo servir de instrumento para limitar o

³¹³ CARVALHO, **Publicidade não é propaganda. É transparência governamental e informação ao cidadão.**

³¹⁴ Fábio Medina Osório (A informação e o massacre dos direitos humanos, **Revista Jurídica Consulex**, ano XVI, n. 367, p. 25, 2012) no entanto, faz um alerta: que, embora o debate internacional sobre a gestão da integridade (onde é possível se incluir a *accountability*) traga a questão do combate à corrupção para o centro da agenda dos governos e da sociedade, é necessário ter cautela com o crescimento de um certo "mercado do escândalo", que enxergaria os direitos humanos sob um viés reducionista: pessoas acusadas na era da sociedade da informação, da mídia digital são muitas vezes submetidas a um (in)devido processo legal que acaba atropelando seus direitos fundamentais (como o contraditório e a ampla defesa) sob a justificativa exatamente de se fomentar outros direitos ligados à gestão pública. Assim, aduz o autor, uma pessoa acusada de prática indevida no setor público pode ter a carreira profissional destruída sofrendo danos morais e materiais irreparáveis (o que também pode ocorrer com políticos, empresários, empresas privadas ou qualquer outro profissional que entre em contato com o setor público). Por essa razão é que o autor defende a importância de se aperfeiçoarem os mecanismos de produção de informação e conhecimento, de forma a se garantir uma "opinião pública livre e livremente (in)formada". Entende-se, entretanto, que esses são riscos passíveis de serem superados. O que não se pode perder de vista é a importância de uma sociedade bem informada, organizada; a essencialidade da transparência para o amadurecimento da cidadania e a consolidação da democracia.

poder dos governantes. E, assim, o controle foi se sofisticando com a evolução do Estado e da democracia: da noção inicial de controle de gastos e controle de legalidade, perpassou pelo controle de legitimidade, eficiência e eficácia, de gestão e, modernamente, de probidade e de integridade.³¹⁵

A fiscalização, o acompanhamento e o controle do poder já há muito são vistos como instrumentos de democracia - por exemplo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão já previa, em 1789, que "a sociedade tem o direito de pedir contas a todo o agente público pela sua administração" (artigo 15º). No entanto, na esteira da doutrina de Floriano Marques Neto, a multiplicidade de escândalos envolvendo agentes públicos parece demonstrar que grande parte dos mecanismos de controle que existem atualmente são muito custosos e mais formais que efetivos. Daí a necessidade de se estruturar um sistema de controle eficiente, que aproxime o poder político dos seus destinatários, sem, entretanto, engessar a máquina administrativa, com mecanismos que permitam aferir o quanto da atividade administrativa está realmente sendo revertido em benefício do administrado (seja com resultados concretos das políticas públicas, seja mesmo com probidade, economicidade e eficiência).³¹⁶

Mas, modernamente, quando se pensa em controle estatal, de que se está falando exatamente?

A palavra controle traz à mente diversos sentidos: uma noção ligada à ideia de domínio (isto é, poder, comando, direção, gestão), uma concepção mais voltada ao conceito de moderação (ou seja, equilíbrio, autocontrole, limitação, restrição) e uma percepção vinculada à ideia de vigilância (quer dizer, avaliação, fiscalização, monitoramento).

³¹⁵ Rodrigo Pironti (**Controle interno da administração pública: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa**, Dissertação de mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007, p. 82 a 85) apresenta um breve apanhado histórico sobre a evolução do controle estatal em que destaca: (i) a existência de uma corte de contas na Grécia Antiga, encarregada de fiscalizar as contas públicas, perante a qual autoridades como senadores, embaixadores e sacerdotes prestavam contas do dinheiro recebido e gasto, justificando sua despesa; (ii) a consolidação, com os Códigos Justinianos, na Roma Antiga, de uma estrutura de controle que tinha como objeto os gastos de todo o império; (iii) um regresso da atividade de controle estatal durante a Idade Média, em especial no período de estabelecimento do sistema feudal (representativo de um Estado fragmentado, com pouca organização administrativa, entendendo-se que as contas do feudo apenas interessavam ao senhor feudal); (iv) a não submissão do soberano, no período absolutista, a qualquer tipo de controle; embora no Estado Absolutista estruturas similares aos Tribunais de Contas tenham voltado a aparecer na Áustria (1661), na Prússia (1714) e na Espanha (1767), ainda que sua atuação mais se aproximasse de uma espécie de sistema de "contabilidade do soberano" e não de um regime de controle institucional dos atos do governo; (v) uma mudança na perspectiva do controle com a separação entre os recursos do príncipe e os recursos do Estado (transformação do Estado patrimonialista em burocrático), como a atividade desenvolvida, em Portugal, pelos Vedores da Fazenda, aos quais cabia a administração superior do patrimônio real e da Fazenda Pública, fiscalizando localmente as receitas e as despesas efetuadas; (vi) o aparecimento de uma concepção mais moderna de que não basta que os bens e receitas do Estado sejam objeto de controle e sejam colocados à fruição de toda a sociedade, sendo necessário que os interesses de toda a coletividade sejam atendidos de forma eficiente e satisfatória.

³¹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Os grandes desafios do controle da Administração Pública, **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, ano 9, n. 100, 2010.

Transposto para o âmbito jurídico - em especial para a seara do direito administrativo - é possível se identificar as seguintes acepções do termo: (i) poder ou dominação, associada às ideias de subordinação, centralização e monopolização; (ii) direção, no sentido de comando, de gestão, de indicação efetiva para fins conscientes e de limite mínimo que se deve alcançar; (iii) limitação ou disciplina, associadas à noção de regulamentação e proibição; (iv) vigilância ou fiscalização, ligadas à ideia de supervisão, inspeção e um sentido de continuidade; (v) verificação, no sentido de exame, constatação, no sentido de exame de um ou alguns aspectos precisos, implicando a noção de finalidade (sem noção de continuidade); (vi) registro, com a acepção de identificação, equivalência, autenticação.³¹⁷ Como é intuitivo, esse caráter multifário do termo dificulta que exista um conceito uniformemente aceito sobre *controle* da Administração Pública ou *controle* estatal.

E, sendo assim, impõe-se fazer uma breve análise de como a doutrina vem entendendo por controle estatal.

À partida e de forma ampla, o controle seria o poder-dever de fiscalização e de correção que o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e o próprio Poder Executivo exercem sobre a Administração Pública (sobre seus atos ilegais e, em certa medida, também sobre os inconvenientes ou inoportunos), com a finalidade de garantir a conformidade de sua atuação com as normas do ordenamento jurídico³¹⁸, de impedir que a atividade administrativa se desgarre de seus objetivos, que desatenda às balizas legais e ofenda interesses públicos ou dos particulares³¹⁹. Daí poder se classificar o controle em: (i) político, que tem como base a necessidade de equilíbrio entre os poderes estruturais da República (Executivo, Legislativo e

³¹⁷ Nesse sentido: MEDAUAR, Odete, **Controle da Administração Pública**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 22 a 24.. Em sentido aproximado, Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho (**O poder de controle na sociedade anônima**, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 58 a 60) destacam o caráter multifário do termo. Apontam que o vocábulo é um neologismo no idioma português - sua origem é francesa, embora em sua evolução semântica tenha sofrido nítida influência inglesa. À partida, em francês o termo *contrerole* significava um rol ou registro duplo (o que se dava nas folhas de pergaminho ou papel nas quais se escreviam decisões, atos, títulos, normas); já o Dicionário da Academia Francesa indica três acepções principais: relação nominal das pessoas pertencentes a um corpo ou uma tropa, marca atestando o contraste de obras de ouro ou de prata e verificação, esta última sobretudo na linguagem administrativa. Dessa forma, pode-se atestar a utilização jurídica do termo controle em língua francesa com um sentido básico de verificação ou fiscalização. Por outro lado, na língua inglesa, a noção mais associada ao vocábulo é a de poder ou de dominação, e, em sentido mais atenuado, o controle também é utilizado como sinônimo de regulação. Na língua alemã, o termo *Kontrolle* tem o mesmo sentido básico que o termo em francês, ligando-se às noções de fiscalização, vistoria, revisão e inspeção. Segundo os autores, a evolução semântica do termo em português foi influenciada tanto pelo francês quanto pelo inglês, de forma que a palavra controle adquiriu significado não apenas de vigilância, verificação e fiscalização como também do poder de dominar, regular, guiar ou restringir - assim é que não é absurdo falar-se em "controle do controle". No entanto, os autores afirmam que a influência inglesa foi se mostrando mais forte e, aos poucos, as leis brasileiras passaram a utilizar o termo controle especialmente no sentido forte de dominação ou na acepção mais atenuada de disciplina ou regulação.

³¹⁸ DI PIETRO, **Direito administrativo**, ebook.

³¹⁹ MELLO, **Curso de direito administrativo**, p. 961 a 962.

Judiciário), entre as instituições democráticas do país, forma de controle que está delineada na Constituição (sistema de freios e contrapesos); e (ii) administrativo, que engloba linhas diversas, mas tem objeto de análise específico: a função administrativa - ou seja, direciona-se não às instituições políticas, mas às instituições administrativas, aplicado com vistas à função, aos órgãos e aos agentes administrativos.³²⁰ O controle administrativo, por sua vez, pode ser exercido: (i) em regime de centralização, por meio do controle hierárquico, caso em que o superior hierárquico possui os mais amplos poderes em relação aos atos dos seus subordinados, podendo orientá-los ou mesmo ditá-los ou ainda (com certa reserva) reformá-los ou anulá-los por razões de legalidade ou por entendê-los inconvenientes ou inoportunos; tais poderes são conferidos ao superior hierárquico independentemente de lei, pois são inerentes ao lugar que ocupa na hierarquia (tema que será objeto de análise específica diante); (ii) em regime de descentralização, por meio da tutela e da supervisão exercida pelo Estado sobre os órgãos descentralizados nos limites fixados pela lei³²¹, ou seja, controle que o corpo orgânico central exercita em relação às pessoas jurídicas auxiliares do Estado.³²² Desde já cabe delimitar que o objeto desse estudo é essencialmente o controle administrativo centralizado, como se demonstrará.

Quanto à sua abrangência e ao seu conteúdo, a atividade de controle, entendida de forma ampla, abrange aspectos de legalidade e a legitimidade dos atos administrativos, aspectos de conveniência e de oportunidade da atuação estatal³²³ e também tem enfoque na gestão da coisa pública em diversos aspectos, tais como na avaliação dos resultados quanto à eficácia e à eficiência da gestão financeira, orçamentária e patrimonial da Administração.³²⁴

³²⁰ CARVALHO FILHO, **Manual de direito administrativo**, ebook.

³²¹ RIVERO, **Direito administrativo**, p. 359 e 360. O autor reforça o fato de o controle de tutela representar sim uma modalidade de controle (uma vez que a descentralização não exclui o controle do Estado, o qual fiscaliza a pessoa controlada tanto no interesse do próprio Estado, que tem que zelar por sua política e pelo respeito à lei, quanto no interesse da pessoa descentralizada e no interesse dos indivíduos) e que o controle tem que se conciliar, sob pena de a aniquilar, com a liberdade reconhecida à coletividade.

³²² MELLO, **Curso de direito administrativo**, p. 961 e 962.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ CASTRO, **Controle interno da administração pública: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa**, p. 87 a 90. Rodrigo Pironti propõe que a interpretação atual da atividade de controle não pode perder de vista que o Estado moderno tem papel fundamental de concretizar os direitos fundamentais, de atingir o interesse público - dessa forma, torna-se necessário o incremento de sistemas que permitam que o administrador conheça a vontade e a real necessidade social e que promovam uma democratização das atividades estatais, com a possibilidade de participação dos administrados na formação da vontade diretiva do Estado. Segundo o autor, inclusive já existem algumas novas atividades ou posturas estatais que podem ser consideradas como consequência de um olhar democrático sobre o controle, resultando em maior grau de consensualidade e legitimação das atividades administrativas: (i) a aplicação ampla do princípio da publicidade nos atos de controle (ou, acrescenta-se, dito de melhor forma: a aplicação de transparência); (ii) a definição, para os administrados, das repercussões da função de controle nas atividades do Estado; (iii) o estabelecimento de mecanismos para que o cidadão comum possa acionar o Estado buscando a efetivação de seu poder de controle (como será visto adiante quando se tratar do controle social).

Engloba, ainda, a ideia de fiscalização para se averiguar o cumprimento do que foi predeterminado ou evidenciar eventuais desvios com o objetivo de correção (de forma que, decidindo sobre a regularidade ou irregularidade do ato praticado, configura-se uma espécie de juízo de valor sobre o objeto do controle)³²⁵

Considerando, com fundamento na doutrina de Massimo Severo Giannini, que o controle se forma a partir do juízo de verificação da regularidade da atividade e da medida decorrente deste juízo³²⁶ -, Odete Medauar destaca que há um questionamento central na delimitação da atividade de controle: saber se uma determinada atividade deve ser qualificada como de controle apenas nos casos em que dela possa advir uma medida editada e proposta pelo controlador. Isso porque, a depender da resposta, alija-se do conceito certas atuações que são consideradas por parte da doutrina como instrumentos de controle (como os pareceres não vinculantes expedidos por órgãos consultivos, os quais não têm o poder de editar medidas em decorrência do juízo que se formou após a verificação efetuada). Por isso, a autora propõe dois sentidos para a palavra controle: (i) um sentido restrito ou técnico-jurídico, que considera controle como a atividade que possibilita a edição de ato ou medida pelo agente controlador, em decorrência do confronto que realizou entre atividade e as normas, princípios e regras (podendo ser conceituado como verificação da conformidade da atuação da Administração a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado); e (ii) um sentido amplo, segundo o qual controle significa a verificação da conformidade de atuação da Administração Pública a certos parâmetros, independentemente de ser adotada, pelo controlador, medida que afete, do ponto de vista jurídico, a decisão ou o agente (nesta acepção inclui-se, inclusive, o controle social).³²⁷

Apresentado este breve estado da arte sobre o controle estatal, propõe-se a adoção, neste estudo, da concepção ampla de controle, ressaltando-se, entretanto, que isso não

³²⁵ GUERRA, Evandro Martins, **Os controles externo e interno da Administração Pública**, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 91.

³²⁶ GIANNINI, Massimo Severo. *Controllo: nozioni e problemi*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n. 4, 1974 *apud* MEDAUAR, **Controle da Administração Pública**, p. 29 a 31. Segundo Giannini, os controles procedimentais de verificação têm estrutura jurídica própria, pois abrangem um juízo de verificação da regularidade da função e uma medida decorrente deste juízo. Assim, em um procedimento de controle autônomo, o juízo e a medida se vinculam de forma muito próxima, porque o momento do juízo é determinante da medida, ou, noutras palavras, o juízo de verificação da regularidade da atividade é direcionado à medida, porque esta é destinada à eliminação da função irregular, razão pela qual seria possível afirmar que a medida constitui o "momento cominatório" do controle, mesmo quando a medida é positiva. Assim, para Giannini, as atividades que abrangem os dois elementos (especialmente a medida) constituem controles jurídicos por excelência, muito embora outras espécies de controle também possam ter relevância jurídica. Entretanto, Odete Medauar destaca que o posicionamento de Giannini de acentuar a caracterização do controle na medida até hoje provoca dúvidas na doutrina italiana, seja porque alguns autores rejeitam a medida como essencial ao controle seja em virtude da necessidade de se atribuir sentido amplo ao termo "medida".

³²⁷ MEDAUAR, **Controle da Administração Pública**, p. 31.

significa atribuir a natureza de controle a qualquer manifestação ou atuação referente ao poder público (uma vez que uma concepção amplíssima de controle terminaria por impedir a sua caracterização) e que se reconhece a importância da existência de uma medida decorrente do juízo de verificação (ainda que não aplicada por qualquer razão) para a eficácia do controle. Noutras palavras, quando se mencionar o termo controle nesse estudo, com referência ao controle da Administração Pública, estar-se-á referindo às atividades de verificação de conformidade da atuação da Administração Pública, possa ou não ser adotada pelo controlador uma medida que efetivamente afete a decisão ou o agente.

1.2. Os fundamentos do controle estatal

Quando se pensa no controle das atividades do Estado, de forma geral, alguns fundamentos podem ser mencionados, até intuitivamente: (i) o Estado de Direito, de forma geral e o princípio da legalidade (da juridicidade), de forma específica; (ii) o sistema de freios e contrapesos decorrente da tripartição de poderes; (iii) o princípio democrático e o modelo representativo; (iv) o princípio da tutela do interesse público, (v) os deveres estatais de publicidade e de transparência (especialmente levando-se em consideração que são corolários do direito à informação dos administrados); e (vi) o dever de boa administração.

Passa-se a analisá-los.

O primeiro fundamento indicado - por ser o exatamente possibilitador do controle estatal - é o *Estado de Direito (em especial, o princípio da legalidade)* (i). De fato, é apenas no Estado de Direito, com a posição central ocupada pela legalidade, que se limita e se promove uma espécie de "parametrização" e organização do exercício do poder, o que torna possível controlá-lo (sem tal delimitação não é sequer possível se reconhecer o que configura exercício arbitrário do poder). Dessa forma, o Estado de Direito é o responsável por criar o ambiente que permite a estruturação dos sistemas de controle estatal, com o intuito de preservar o equilíbrio entre a autoridade atribuída aos agentes estatais e a liberdade que se quer garantir aos indivíduos, sua proteção contra o arbítrio, o desvio ou o abuso de poder³²⁸. E, como visto, atualmente, a concepção de legalidade não mais diz respeito apenas à vinculação das leis, mas aos valores, regras e princípios, constitucionais e de toda a formação do "bloco de legalidade" (princípio da juridicidade). Dessa forma, considerando-se que a atividade de controle estatal é entendida como *uma atividade de verificação de conformidade da atuação da Administração Pública*, é inegável que os parâmetros trazidos pelo princípio

³²⁸ MARQUES NETO, Os grandes desafios do controle da Administração Pública.

da legalidade³²⁹ são talvez os primeiros (mas não os únicos³³⁰) a serem confrontados com a atividade que se quer controlar (de forma que, quanto maior a densificação normativa, maior a possibilidade e a abrangência do controle).

O segundo fundamento do controle estatal, em sentido amplo, é o *sistema de freios e contrapesos, decorrente da separação de poderes* (ii). Também identificada como um mecanismo de contenção do poder (de limitação do poder pelo próprio poder³³¹), a concepção moderna da separação de poderes agrega à independência de cada poder uma certa coordenação entre eles, harmonizando-os e enquadrando-os dentro dos fins do Estado. Traz, assim, ínsita a ideia de controle: com efeito, a divisão funcional e orgânica do poder permitem, por meio do condicionamento e limitação recíprocos e atuação concertada (ideia de freios e contrapesos), um maior controle do poder (cada órgão, além de exercer suas próprias atribuições também controla a dos outros).³³² E nesse sentido, importa destacar a necessidade de que as tarefas de execução e de controle estejam desvinculadas do ponto de vista funcional, para que o controle possa atuar com efetividade e imparcialidade, mostrando-se imperioso, inclusive, garantir-se a independência técnico-funcional da atividade de controle.³³³

Também funcionam como fundamento os controle estatal o *princípio democrático e o modelo representativo* (iii). Nesse contexto, a ideia é de que aqueles que conferem ao Estado o poder de atuar podem/devem acompanhar e fiscalizar essa atuação; ou seja, sob essa ótica, os atos do agente público, enquanto *servidor*, só se legitimam se realizados em conformidade com a ordem jurídica. Toda a atividade administrativa deve ter sua disciplina

³²⁹ Rodrigo Pironti (CASTRO, **Controle interno da administração pública: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa**, p. 95 a 97) ressalta, ademais, que importância de o controle, enquanto verificação da conformidade dos atos da Administração Pública com as normas vigentes, também considerar as diretrizes (repasadas, por exemplo, por meio de pareceres internos da Administração, instruções normativas dos Ministérios ou orientações dos órgãos de controle externo), e a jurisprudência dos tribunais pátrios.

³³⁰ Segundo José dos Santos Carvalho Filho (**Manual de direito administrativo, ebook**), o controle administrativo da Administração Pública tem essencialmente dois pilares de sustentação: (i) o princípio da legalidade, uma vez que toda atividade administrativa se submete a ele; e (ii) o princípio das políticas públicas, qual seja, o poder que tem a Administração de estabelecer suas diretrizes, suas metas, suas prioridades e seu planejamento para que a atividade administrativa seja desempenhada de forma mais eficiente e rápida possível.

³³¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de., **O espírito das leis**, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166.

³³² Sobre a separação de poderes, cita-se o estudo realizado por esta autora em: GONTIJO, Danielly Cristina Araújo, **O direito fundamental de acesso à justiça: em especial, as ações previdenciárias sem prévio requerimento administrativo**, São Paulo: LTr, 2015, p. 78 a 83.

³³³ CASTRO, **Controle interno da administração pública: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa**, p. 91 a 93. Essa independência técnico-funcional pressupõe que o controlador não dependa do auxílio ou da autorização de outros órgãos para realização da atividade de controle, havendo a necessidade, portanto, de os órgãos de controle interno contarem com conhecimento técnico, autonomia e recursos que dispensem o parecer de qualquer outra área para sua atuação, não estando subordinados tecnicamente.

permeada, pois, pela concepção democrática, sujeitando o agente público à fiscalização popular e à demonstração da realização democrática dos direitos fundamentais.³³⁴

O próximo elemento fundamentador do controle estatal é o *princípio da tutela do interesse público* (iv). De fato, se o fim da atividade administrativa, como exposto, é a concretização do interesse público, é exatamente esse interesse público que determina que se controle a atividade estatal não apenas em sede de legalidade, mas também em outros aspectos, em especial, quanto aos objetivos a serem alcançados na atividade pública, nas gestão dos negócios da sociedade.

De forma semelhante, também fundamenta o controle estatal os *deveres de publicidade e de transparência* (iv). Como visto, o direito à informação dos cidadãos é pressuposto de uma sociedade livre e democrática, relacionando-se tanto com o desenvolvimento da personalidade individual quanto com o desenvolvimento da sociedade, permitindo a evolução dos mecanismos de participação social (que dão maior legitimidade democrática ao poder e colocam concretamente o indivíduo no centro do ordenamento jurídico e da vida pública). E com a redefinição da figura do Estado, mais próxima da sociedade, menos autoritária e mais compositiva e participativa, mostra-se necessário remodelar também o poder político, tornando-o mais transparente e eficiente na tutela dos interesses públicos, o que demanda o aprimoramento e reforço dos mecanismos de controle estatal³³⁵. O controle estatal colabora com a transparência ao atuar para garantir informação útil, verídica, imparcial e compreensível para a sociedade.

Por fim, sem sombra de dúvidas, o *dever de boa administração* (v) é fundamento do controle estatal, no sentido de que tal dever, como visto, impõe a criação e a manutenção de uma eficiente e adequada estrutura estatal, que traga resultados de efetividade e de qualidade, sendo o controle instrumento para acompanhamento, monitoramento e correção de eventuais desvios desse caminho. No entanto, é necessário ter em mente que o controle não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para o aperfeiçoamento da Administração e para a busca de eficiência e de efetividade; com efeito, presumir que a mera existência de estruturas de controle seria suficiente para a boa administração indica uma visão formalista do controle - a Administração só é eficiente se, além de não desperdiçar recursos públicos também conseguir atender às necessidades coletivas que correspondam à finalidade do agir administrativo, de forma que qualquer controle que, sob a justificativa de coibir o desvio ou o desperdício, impede a consecução da ação administrativa termina por produzir um efeito

³³⁴ JUSTEN FILHO, **Curso de direito administrativo**, ebook. Daí que, segundo o autor, mostra-se necessário ampliar o instrumental do controle democrático, indo muito além dos institutos do direito de informação e do direito de petição, sendo imperioso se instituir autoridades políticas e administrativas independentes, que sejam investidas contra os ocupantes do poder e que sejam titulares de competência de fiscalizar a conduta de qualquer exercente do poder estatal.

³³⁵ MARQUES NETO, Os grandes desafios do controle da Administração Pública.

contrário àquele que justifica o controle. Nesse sentido, uma boa Administração não é apenas proba e impródiga, mas também eficiente e efetiva; da mesma forma, um sistema de controle conforme os cânones do Estado Democrático de Direito não só pune, invalida, impede, mas combina o rigor no combate aos despautérios com a verificação ponderada das consequências das medidas de coibição a seu alcance.³³⁶

1.3. O controle institucional e o controle social

Considerando uma perspectiva ampla do controle estatal, como visto *supra*, o acompanhamento das atividades administrativas do Estado pode ser realizado de diferentes formas; à partida, é possível se divisar o controle, considerando o agente controlador, em: (i) controle realizado por agentes que fazem parte da própria estrutura do Estado, o qual se propõe denominar controle institucional; e (ii) controle realizado pelos administrados, pelos indivíduos que não integram a estrutura estatal - o controle social.

O *controle institucional* (i), segundo as lições, de Seabra Fagundes, pode ser classificado em três tipos: o controle legislativo ou parlamentar, o controle judicial e o controle administrativo.³³⁷

O controle legislativo³³⁸ ou parlamentar cabe ao Poder Legislativo - com caráter predominantemente técnico-político, destina-se a fiscalizar as atividades administrativas do ponto de vista de sua legalidade e conveniência ao interesse coletivo³³⁹ (como exemplo, citam-se as fiscalizações exercidas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito e a fiscalização financeira e orçamentária realizada nos termos do artigo 70 da Constituição³⁴⁰, com o auxílio do Tribunal de Contas).

³³⁶ *Ibid.* Nas palavras do autor, o entrave da Administração pelo controle pode acabar por causar um malefício comparável àquele gerado pelas condutas ímprobas. No mesmo sentido, Rodrigo Pironti (**Controle interno da administração pública: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa**, p. 93 e 94) assevera que é necessário cuidar para que a atividade de controle não se distancie da eficiência administrativa, devendo o gestor, diante de cada avaliação concreta, optar por um controle que tenha custo compatível com o custo da atividade controlada e com o benefício que se espera alcançar.

³³⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra, **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 124 a 126. A esta classificação tríptica, Odete Medauar (MEDAUAR, **Controle da Administração Pública**, p. 102) ainda acrescenta: o controle da Administração Indireta pela Administração Direta, o controle pelo Tribunal de Contas, o controle pelo Ministério Público e o controle pelo *Ombudsman*. Neste trabalho, em razão do escopo da pesquisa, que se foca especificamente no controle interno, se seguirá a classificação proposta por Seabra Fagundes.

³³⁸ Odete Medauar (*Ibid.*, p. 103 e 104) adverte que a expressão controle legislativo pode acabar gerando confusão, pois pode dar a entender tratar-se de fiscalização exercida pela lei ou sobre atos normativos - segundo a autora, mais apropriadas seriam as expressões "controle parlamentar" ou "controle exercido pelo Poder Legislativo", pois indicam trata-se de fiscalização exercida pelo Parlamento ou Poder Legislativo sobre a Administração.

³³⁹ FAGUNDES, **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**, p. 129.

³⁴⁰ Verbis: "Artigo 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade,

O controle judicial é realizado quando o poder judiciário atua para resolver litígios envolvendo a Administração Pública e o indivíduo - tem conotação mais ampla do que o controle jurisdicional dos atos administrativos, porque, além destes também abrange a apreciação jurisdicional de todas as atividades ou operações materiais, contratos e inclusive das hipóteses de omissão ou de inércia da Administração.³⁴¹

Por fim, o controle administrativo é uma espécie de autocontrole dentro da Administração Pública; visa corrigir os defeitos de funcionamento interno do organismo administrativo, aperfeiçoar seu desempenho no atendimento do interesse público e ensinar a reparação a direitos ou interesses individuais que possam ter sido denegados ou preteridos em razão de erro ou omissão na aplicação da lei. Esse controle se exerce *ex officio*, por meio: (a) do poder disciplinar ou de instruções, ordens etc, pelas quais os superiores hierárquicos preconizam critérios gerais (modalidade preventiva de fiscalização) ou fazem corrigir medidas passíveis de cancelamento ou de reforma (modalidade repressiva de fiscalização)³⁴² ou (b) por provocação dos administrados com pedido de reexame do ato praticado, a qual pode se dar por meio do exercício do amplo direito de petição junto aos órgãos públicos e por meio de recurso administrativo³⁴³. Apesar de o autocontrole da Administração ser um poder-dever do Poder Público relacionado à legalidade, devem ser garantidos, inclusive como decorrência do dever de boa administração analisado *supra*, o direito de participação no processo (especialmente ampla defesa e contraditório) daqueles possíveis atingidos pela auto-revisão

economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária."

³⁴¹ *Ibid.*, 197, 198 e 211. Via de regra, é realizado de forma repressiva ou corretiva, *a posteriori*, por meio de provocação (lembrando que, no Brasil, vigora o sistema de jurisdição una, em que os julgamentos dos litígios em que a Administração é parte compete aos juízes ou tribunais comuns - admite-se a existência de órgãos ou varas especializadas, mas inseridas dentre os órgãos de uma única ordem de jurisdição).

³⁴² FAGUNDES, **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**, p. 126 e 127.

³⁴³ GUERRA, **Os controles externo e interno da Administração Pública**, p. 91.

do ato administrativo (nos termos do artigo 2º, *caput* e parágrafo único, VIII e X³⁴⁴ e do artigo 9º, II³⁴⁵ da Lei nº 9.784/99).³⁴⁶

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o controle institucional pode ainda ser classificado, quanto à localização do agente controlador, em: (a) controle interno, o qual decorre de órgão integrante da estrutura na qual se insere o órgão fiscalizado, sendo inerente a cada um dos órgãos e entidades dos três poderes, que mediante sistema integrado de controle interno, devem fiscalizar e controlar seus próprios atos e agentes (trata-se, pois do controle administrativo realizado por cada um dos poderes com relação à sua própria atuação administrativa); e (b) controle externo, o qual é exercido por um poder ou órgão distinto do controlado, que, em sentido amplo, pode ser entendido como o controle realizado pelo poder judiciário sobre os atos dos demais poderes, pelo poder legislativo (controle político) e pelo Tribunal de Contas (controle financeiro) sobre a Administração direta e indireta dos demais poderes.³⁴⁷

Neste estudo, como já adiantado, a abordagem se atém especificamente ao controle administrativo interno, ou seja, aquele realizado por um órgão administrativo interno sobre os atos praticados no âmbito da pessoa jurídica ou ente da qual faz parte, uma vez que o intuito é verificar quais os limites de atuação desse tipo de controle e suas possibilidades no auxílio do combate à corrupção.

O *controle social* (ii), por sua vez, ocorre quando o titular ou agente do controle do Estado é a própria sociedade, ou seja, os administrados pessoalmente ou por meio de associações, agremiações, movimentos etc, estar-se-á diante do controle social.³⁴⁸

³⁴⁴ *Verbis*: "Artigo 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

(...)

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

³⁴⁵ *Verbis*: "artigo 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:

(...)

II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

³⁴⁶ Ressalte-se, ainda, que o STF possui duas súmulas muito conhecidas sobre o autocontrole (ou autotutela) de atos administrativos: (i) Súmula 346, segundo a qual "a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos" e (ii) Súmula 473, que preconiza que "a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

³⁴⁷ GUERRA, **Os controles externo e interno da Administração Pública**, p. 93.

³⁴⁸ Vanderlei Siraque (**O controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**, Dissertação de mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 117 e 118) destaca, no entanto, que a expressão "controle social" é polissêmica - especialmente no âmbito da Sociologia o controle social é entendido mais próximo à ideia

É possível afirmar que a noção de controle social encontra seu fundamento no Estado de Direito e na democracia (assim como a ideia geral de controle, como visto acima). Isso porque apenas com a instituição do Estado de Direito que se consagram a soberania popular e o exercício atividade pública submetida ao princípio da legalidade, criando condições para o controle do poder: um regime caracterizado pela divisão e contenção dos poderes, pela democracia, pela representatividade, pela existência de mandatos políticos periódicos e pela responsabilização dos gestores públicos, bem como pelas estruturas que formam os sistemas de controle e de fiscalização. De fato, com a evolução deste novo modelo estatal, passou-se a demandar que os representantes do povo se apresentassem diante dele e com ele mantivessem proximidade no exercício de suas funções, de forma a garantir que a população pudesse acompanhar o desempenho desses representantes e gestores, fiscalizar e controlar os atos praticados e ter o direito de questionar e obter informações sobre os atos de governo; também passou-se a reclamar que a imprensa tivesse amplo acesso às informações, para que pudesse transmiti-las à sociedade, permitindo que as questões mais relevantes fossem debatidas pública e amplamente, que os representantes do povo exercessem mandatos por períodos breves e que tivessem que retornar perante o povo caso quisessem pleitear sua recondução.³⁴⁹ É que em um regime democrático, é necessário que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra - para que isso ocorra, é imprescindível que lhes seja garantido os direitos de liberdade, de opinião, de expressão, de reunião, de associação³⁵⁰ e de informação. E, como consequência desta nova concepção de Estado Democrático de Direito, advém a responsabilidade, por ato ou omissão, de todos aqueles que exercem função pública - daí a importância, por consequência, das noções de prestação de contas (como já mencionado ao se tratar da *accountability*) e da fiscalização da atuação daqueles que exercem a função pública por toda a sociedade. Nesse sentido é que

de dominação, em sentido que dista substancialmente do aqui exposto. De fato, a proposta de conceituação do controle social adotada neste estudo liga-se à ideia do povo controlando, fiscalizando as atividades do Estado. No entanto, o entendimento do controle social no sentido de dominação é diferente: "poderá ser o Estado controlando o povo ou uma parcela, categoria, classe da sociedade controlando outras parcelas, categorias ou classes da própria sociedade, por meio da hegemonia política, religiosa, econômica, cultural, racial, da informação, da formação e de gênero". O autor destaca que a Constituição brasileira admite ambos os sentidos: "A nossa Constituição admite o *controle social* nos sentidos de domínio e de fiscalização. Domínio com o objetivo de manter a ordem pública e estabelecer o Direito. Fiscalização com a finalidade de garantir a soberania popular, a proteção do patrimônio público, a república e a submissão dos agentes do Estado ao ordenamento jurídico. Assim, o *controle social* é uma via de mão dupla; o Estado tem o poder político, mas este poder político é limitado pela fiscalização da sociedade e pelos sistemas de *controle institucional*."

³⁴⁹ ATALIBA, Geraldo, **República e Constituição**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 3, 10, 42, 63 e 79.

³⁵⁰ BOBBIO, **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**, p. 18 e 19.

se pode afirmar que o controle social da função administrativa do Estado é consequência necessária do Estado de Direito, da soberania popular e da democracia.^{351 352}

O controle social é, pois, oponível à Administração Pública (inclusive por meio de ação judicial), pode ser exercido - individual ou coletivamente - por pessoas físicas ou jurídicas, com o objetivo de verificar se as atividades estatais estão sendo executadas conforme o que foi previamente decidido, se estão sendo realizadas observando as previsões constitucionais e legais, podendo abranger, pois, a verificação tanto do mérito (conveniência e oportunidade) quanto da legalidade do ato ou decisão estatal.³⁵³

E para que o controle social ocorra de forma cada vez mais efetiva, é necessário evoluir os instrumentos de democratização do Estado, com especial destaque para a transparência, a garantia de acesso dos membros da sociedade às informações públicas e a participação social³⁵⁴. Não custa reforçar que a transparência apta a permitir o controle social - contribuindo com a análise crítica da gestão - demanda: (i) a inexistência de dificuldades impostas ao acesso à informação (como a simplicidade do procedimento de acesso ou a sua

³⁵¹ SIRAQUE, **O controle social da função administrativa do Estado**, p. 54.

³⁵² Floriano Marques Neto (Os grandes desafios do controle da Administração Pública) ressalta que o controle social, atrelado à permeabilidade dos instrumentos jurídicos que se voltam à transparência da atividade administrativa, tem adquirido importância significativa, como forma de os administrados exercerem seu direito subjetivo público à fiscalização adequada das atividades exercidas na Administração. Este processo de maior transparência da atuação administrativa tem sido acompanhado da abertura, aos administrados, de canais institucionais que possibilitam a sua interlocução com as entidades e órgãos controladores, que atuam buscando representar os cidadãos - daí a recente profusão de mecanismos de participação popular nas atividades estatais (como as audiências públicas, consultas públicas, o direito de petição e a utilização de canais de comunicação, como as ouvidorias) e a progressiva institucionalização de organismos de representação da sociedade no cumprimento das funções do ente estatal (como os comitês de fiscalização de atividades) e mesmo a utilização de instrumentos de controle reativo, como a ação popular.

³⁵³ SIRAQUE, **O controle social da função administrativa do Estado**, p. 105 e 113.

³⁵⁴ Cita-se as palavras de Pedro Costa Gonçalves (Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da "new public governance"): "a abertura à participação dos cidadãos não se esgota nas formas já clássicas de participação dos interessados nos procedimentos administrativos, mas pretende abrir canais mais amplos de intervenção e fomentar uma atitude pró-ativa dos cidadãos; não se trata, pois, de organizar o sistema de modo a "permitir" que os cidadãos participem, mas, verdadeiramente, de seguir uma política de estímulo, de incentivo e de ativação da participação. (...) no novo cenário do Estado ativador, o particular não é o mero súbdito do Estado-polícia, não é o cidadão socialmente descomprometido do Estado liberal e também já não é o simples utente dos serviços públicos do Estado social; pelo contrário, ele assume ou vê-se convocado a assumir um novo papel de ator, que partilha com o Estado a missão de realizar o interesse público. Está aqui suposto o particular no estatuto de cidadão comprometido, empenhado e socialmente responsável, que procura e aceita contribuir para a realização do bem comum. Trata-se, pois, de conceber os cidadãos como "sujeitos de um Estado ativador" e de, quando tal se mostre adequado, engendrar esquemas de co-Administração, de Administração Pública em condomínio ou de Administração partilhada, por exemplo, através do envolvimento das comunidades de referência em que a unidade administrativa atua ("community engagement"). Um conceito importante ainda neste âmbito é a procura do envolvimento e da adesão dos cidadãos aos procedimentos de decisão contrários aos seus interesses. Neste sentido, a abertura à participação não se pode conceber como um mero passivo "ouvir" o cidadão no momento procedimental disposto para o efeito, mas exige, antes, uma estruturação de todo o procedimento administrativo como momento da solução de um conflito, por via da adesão e da aceitação das decisões pelos interessados."

não modelação em infindáveis etapas); (ii) a compreensibilidade da informação transmitida (o público alvo da informação precisa assimilar o que está sendo apresentado), de forma que cabe aos órgãos públicos apresentarem a informação de maneira clara, fidedigna e de fácil entendimento; (iii) a confiabilidade da informação; (iv) a tempestividade de publicação, que interfere na utilidade da informação.³⁵⁵

No Brasil, o processo de redemocratização, a partir de 1988, permitiu a aproximação entre a sociedade e a gestão dos recursos públicos, seja por meio de mecanismos de participação na tomada de decisões seja por meio da fiscalização das ações do Estado, com vistas à proteção do interesse público e à concretização dos direitos fundamentais³⁵⁶. Fernando Filgueiras acrescenta ainda que a crise de legitimação das instituições tradicionais de representação ampliou os espaços de atuação da sociedade civil e lhe conferiram maior poder, permitindo que fossem constituídos novos desenhos institucionais que consubstanciam outras modalidades de representação política, formando um quadro mais alargado no processo democrático. Assim, as organizações da sociedade civil também vêm exercendo um papel de representação social e política, na medida em que tornam os interesses dos cidadãos presentes nas diferentes arenas em que até então eles não alcançavam; e esse papel de representação acaba adquirindo dupla face: permite, de um lado, que as organizações da sociedade civil exerçam o controle das políticas públicas, e, de outro, imputam-lhes o dever de prestar contas aos cidadãos. A sociedade civil tem, pois, um papel fundamental no enfrentamento da corrupção, mas, para tanto, é necessário que ela tenha à sua disposição os recursos democráticos fundamentais que permitam seu empoderamento e um processo de maior inclusão capaz de transformar a cultura política.³⁵⁷

³⁵⁵ FIGUEIREDO; SANTOS, Transparência e controle social na administração pública.. Segundo os autores, "a informação precisa, suficiente e de fácil entendimento para o cidadão comum é fundamental para o controle social. A transparência e participação social são conceitos indissociáveis, interdependentes e intercambiáveis. (...) O aumento da transparência auxilia o envolvimento de diferentes classes sociais no acompanhamento da gestão. A divulgação para grupos restritos inibe o seu caráter de promoção da democracia, ferindo os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Com isso, desenvolve-se um ambiente propício a condutas ilegais e corruptas."

³⁵⁶ Nesse sentido, veja-se a doutrina de Fernando Rodrigues Martins (**Controle do Patrimônio Público. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 314 e 315): "O Controle da Administração nada mais é do que a fiscalização exercida pelo Poder Público ou pelo cidadão quanto à atuação dos diversos órgãos da Administração direta ou indireta, de qualquer esfera federativa ou de qualquer Poder. Pela definição acima proposta, deve-se entender que a fiscalização levada a efeito, tanto pelo Poder Público quanto pelo cidadão, não tem somente o caráter de aferição, mas principalmente de monitoração e de correção dos atos praticados pela Administração Pública."

³⁵⁷ FILGUEIRAS, Fernando, Sociedade civil e accountability societal no controle da corrupção no Brasil, **35º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais - ANPOCS**, 2011. No âmbito institucional brasileiro, a Controladoria-Geral da União tem assumido um papel de destaque na indução da atividade de controle social, especialmente mediante reforço das atividades de organização política da sociedade civil por meio de fóruns ou órgãos colegiados e de capacitação de membros ou lideranças da sociedade civil para o exercício da

1.4. Qual a razão última do controle da atividade administrativa do Estado?

É possível resumir, na esteira da doutrina de Floriano de Azevedo Marques Neto, os principais objetivos do controle da atividade administrativa: (i) a defesa do patrimônio público; (ii) a adequada aplicação dos recursos públicos tanto sob a ótica da gestão orçamentária quando sob o viés da responsabilidade, da economicidade e da probidade; (iii) o cumprimento das finalidades da atuação administrativa, em especial, o atendimento ao interesse público e a concretização dos direitos fundamentais; (iv) a atuação segundo a juridicidade, ou seja, com observância dos princípios e regras que norteiam a atividade administrativa, e o cumprimento do dever de boa administração. Passa-se a especificar.³⁵⁸

Em primeiro lugar, é intuitivo pensar no controle da administração para se defender o patrimônio público (i) - o Estado é o proprietário de todos os bens que integram o seu patrimônio (de tudo que é economicamente valorável nos entes públicos), de forma que tem o dever de defender seu patrimônio, em razão da própria relação entre a propriedade estatal e a necessidade de cumprimento permanente da função social da propriedade (que incide com ainda maior rigor por ser pública), a qual funciona como condição de legitimação permanente do patrimônio público.

cidadania, para combater à corrupção e para cobrar mais dos governos (uma espécie de "pedagogia cidadã"). Nesse sentido, citam-se as seguintes iniciativas: (i) a disponibilização do Portal da Transparência, que permitiu o livre acesso tanto da imprensa quanto de qualquer cidadão a uma ampla gama de informações do governo federal (<<http://www.portaltransparencia.gov.br/>> acesso 05 nov 2019); (ii) o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção (CTPCC), colegiado consultivo ligado à CGU criado com o objetivo de debater medidas de aperfeiçoamento dos métodos e dos sistemas de controle dos recursos públicos, de promoção da transparência na gestão pública e de combate à corrupção e à impunidade (<<https://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/conselho-da-transparencia>> acesso 05 nov 2019); (iii) Empresa Pró-Ética, cadastro nacional de empresas comprometidas com a ética e a integridade, voluntariamente engajadas na criação de um ambiente de confiança nas relações comerciais, fazendo com que as empresas, ao se cadastrarem no programa, assumam espontaneamente um compromisso público perante o governo e a sociedade, no sentido de adotar medidas para prevenir e combater a corrupção dentro de seus domínios e na relação com outros entes - trata-se, portanto, de medida de conjugação de esforços públicos e privados para para promover um ambiente corporativo mais íntegro, mais transparente e mais ético (<<http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>> acesso 05 nov 2019); (iv) Cadastro de Entidades Privadas Sem Fins Lucrativos Impedidas (CEPIM), banco de dados, mantido pela CGU a partir dos dados fornecidos pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, com o objetivo de consolidar e divulgar a relação das instituições privadas sem fins lucrativos que estão impedidas de celebrar convênios, contratos de repasse ou termos de parceria com a Administração Pública Federal, servindo, pois, de referência para os órgãos do governo para prevenir a corrupção e como ferramenta de transparência para a sociedade em geral (<<http://www.portaltransparencia.gov.br/sancoes/cepim?ordenarPor=nome&direcao=asc>> acesso 05 nov 2019).

³⁵⁸ MARQUES NETO, Os grandes desafios do controle da Administração Pública. Os parágrafos que seguem para explicar cada um dos objetivos indicados são baseados na mesma indicação bibliográfica do autor.

Além disso, é necessário o controle da Administração para se garantir a adequada aplicação dos recursos públicos (ii) - como proprietário que deve cumprir uma função social, o Estado deverá se preocupar com a gestão orçamentária, alocando os recursos disponíveis nas atividades prioritárias e necessárias ao bom exercício de suas atividades (especialmente considerando-se que os recursos são escassos, essa atividade adquire ainda mais relevância). Dessa forma, é necessário que se verifique, permanentemente, se o emprego dado a um bem do patrimônio público corresponde à melhor utilidade que dele se pode extrair. E é importante ter em mente que a adequada aplicação dos recursos públicos se relaciona não somente com a gestão orçamentária, mas também com a responsabilidade civil, com a economicidade (no sentido de eficiência alocativa) e com a probidade.

O controle da Administração também se presta a buscar garantir o cumprimento das finalidades da atuação administrativa (iii) - daí que deve se voltar a garantir a tutela do interesse público, deve ser exercido sobre as políticas públicas de forma a coibir o abuso e o desvio de poder e atuar em prol da implementação dos direitos fundamentais, além de dever levar em conta a eficiência administrativa.

O controle também busca garantir a adstrição da atuação administrativa à juridicidade e a observância do dever de boa administração (iv) - como já amplamente exposto, a base da atuação administrativa é a adstrição ao ordenamento jurídico, de forma que a sujeição da Administração à juridicidade tem caráter tanto preventivo, visando impedir que a atuação administrativa seja praticada se desviando dos parâmetros legais, quanto reativo, caso em que o controle objetiva verificar se, ao desempenhar suas atividades, a Administração respeitou a ordem jurídica. Sob ambas as perspectivas, o controle de juridicidade pode ser encarado como instrumento para aplicação de políticas gerais uniformes, de decisões coerentes no âmbito da Administração Pública.³⁵⁹ Vale ressaltar que nesse aspecto o controle também engloba a atuação conforme a ética, a probidade, a integridade, considerando-se os sentidos abrangidos pelo princípio da moralidade, constitucionalmente previsto. E, claro, como não poderia deixar de ser, o controle também tem por objetivo verificar o cumprimento do dever de boa administração, considerando todas as suas dimensões já vistas *supra*.

Além disso, como já destacado, é inegável que a atividade de controle estatal constitui um importante instrumento da política anticorrupção. E, como será demonstrado adiante, em

³⁵⁹ *Ibid.* O autor, ao tratar do controle de legalidade, destaca que "nos últimos anos, o controle sobre a legalidade da atividade administrativa tem despertado muita atenção. Não apenas pela dificuldade em si de a conduta administrativa concreta e para situações específicas ser estritamente determinada pela lei preceito geral e abstrato mas também porque a lei já não consegue mais prever de maneira precisa e a priori os limites da atuação da Administração, o que faz com que cresça a margem de controle da atuação administrativa, inclusive da discricionariedade. Relacionado a esse processo, hoje chama a atenção o fato de que a adstrição do controle à mera verificação formal do cumprimento de prescrições legais pode gerar um déficit de responsividade, ou seja, um distanciamento em relação aos objetivos e efeitos alvitrados pela sociedade e perseguidos pela atuação administrativa."

especial a atividade de controle interno estatal (no viés do controle de conduta, designadamente) deve ser encarada como uma ferramenta nomeadamente relevante: considerando-se que a corrupção pública, em muitos casos, conta com a participação de um servidor público, o qual, por sua vez, mantém com o Estado uma relação de sujeição especial (com alguns direitos fundamentais cujo âmbito de proteção é menos alargado, como se demonstrará adiante), é possível se pressupor que a Administração dispõe, à partida (ao menos em tese), de algumas ferramentas que podem ser utilizadas com uma certa vantagem em relação às demais instâncias de controle, seja para atuação repressiva, seja para atuação preventiva.

2. O CONTROLE ADMINISTRATIVO INTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1. Visão geral do controle interno estatal

Como exposto, o controle administrativo interno funciona como um mecanismo que permite ao ente público conferir segurança de que toda a sua atividade administrativa está sendo realizada segundo os princípios e regras jurídicas que regem a operação estatal bem como de acordo com as diretrizes e procedimentos aprovados pela sua equipe de gestão ou pela equipe de gestão à qual se subordina naquela matéria. Esse acompanhamento acaba refletindo (ou, ao menos, existem instrumentos que permitem refletir) na salvaguarda de que os objetivos da instituição sejam alcançados e que as ações para tanto sejam conduzidas da forma mais econômica, mais eficiente e mais eficaz, permitindo verificar se os recursos de que o ente público dispõe estão sendo aplicados de maneira responsável, moral e eficiente³⁶⁰ e se as atividades estão sendo realizadas de acordo com os princípios e regras que regem a atividade pública, de forma ordenada, proba e com menor risco para a Administração (ou ao menos um risco aceitável).

Nos termos do artigo 74 da Constituição brasileira, os três poderes estão obrigados a manter, de forma integrada, sistema de controle interno, cuja finalidade abarque: (i) a avaliação do cumprimento das metas previstas no plano plurianual, da execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; (ii) a comprovação da legalidade e a avaliação dos resultados quanto à eficácia e à eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, e também a avaliação da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; (iii) o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; e (iv) o apoio ao controle externo no exercício da sua missão.

³⁶⁰ CASTRO, **Controle interno da administração pública: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa**, p. 87.

César Augusto Marx adverte que, no Brasil, o controle interno costuma ser caracterizado doutrinariamente por uma "dualidade na concepção institucional", ou seja, considerando, em cada aspecto, dois polos de atuação (que ora parecem ser opostos ora aparentam estar em uma linha evolutiva): (i) *o controle contábil e o controle administrativo*, lembrando que o "controle interno" surgiu associado às áreas da contabilidade, mas, à medida em que foi ampliando seu campo de atuação, aproximou-se das áreas de planejamento e gestão, até se tornar autônomo; atualmente o conceito de controle interno engloba tanto os controles contábeis, ou seja, procedimentos para prevenir os erros e as fraudes, salvaguardar a fidedignidade do registro financeiro da entidade e preservar o patrimônio público, quanto os controles administrativos, relacionados especialmente à melhoria da gestão, os quais permitem, por meio de um contínuo monitoramento das políticas públicas, identificar os riscos envolvidos no processo, permitindo que eles sejam corrigidos a tempo de não impactar nos resultados pretendidos, e criar um fluxo de informações relevantes para subsidiar a tomada de decisões; (ii) *a atividade de auditoria governamental em auditoria regulatória e em auditoria operacional*, voltando-se a primeira em regra, a atestar a realização das despesas de acordo com os normativos jurídicos e a segunda à realização de um exame mais subjetivo, para verificar se, de fato, as despesas realizadas contribuíram para a realização da política pública; e (iii) *o controle de legalidade e o controle de desempenho*, consistindo o primeiro na verificação da conformidade dos atos administrativos com o ordenamento jurídico, com o fim de garantir segurança jurídica às atividades, assegurar a tutela do interesse público, a concretização dos direitos fundamentais e o cumprimento do dever de boa administração, buscando evitar a existência de alguma lacuna que possibilite a ocorrência de fraude ou de desvio; já o último abrange a atividade de verificação do atingimento dos objetivos previamente fixados pela administração, com o intuito de identificar os riscos que possam impactar o surgimento dos resultados e prejudicar o desempenho da gestão.³⁶¹

³⁶¹ Os parágrafos que seguem foram elaborados na linha do estudo de César Augusto Marx (**A CGU e a dualidade do papel do Controle Interno no Brasil**, Dissertação de mestrado em Gestão e Políticas Públicas, Fundação Getúlio Vargas - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, São Paulo, 2015, p. 52 a 60). Vale ressaltar que o autor ainda divide os papéis do controle interno: (i) negativo: referentes à primeira ideia sobre "controle" na Administração, que teria aparecido com uma concepção mais próxima daquela que lhe atribui a Sociologia, ou seja, com o sentido de fiscalização, de exercício de uma ação de controle sobre a pessoa, carregando, pois, um significado negativo de correção do comportamentos dos indivíduos; e (ii) positivo, que aparece quando o termo controle se afasta da Sociologia e se aproxima da Administração, assume um sentido de correção da ação, de garantia de que os processos e ações ocorram conforme foi previsto, visando atingir os objetivos planejados. Dessa forma, o controle interno negativo abrange as atividades punitivas, de correição, atuando sobre a conduta dos agentes públicos, enquanto o controle interno positivo se volta para o controle do desempenho e do atingimento dos resultados das políticas públicas.

Além disso, há que se ressaltar que, correlacionado ao controle de legalidade, encontra-se também o controle de legitimidade, cujo intuito é verificar a conformidade do ato com a vontade política dominante na sociedade. No direito administrativo moderno, ambos os controles se aproximam, uma vez que não basta que o ato estatal respeite a legalidade / juridicidade, sendo necessário que ele atinja os objetivos para o qual foi emanado (de promoção do interesse público), de forma que tanto a legalidade quanto a legitimidade são consideradas como requisitos de validade do ato. No entanto, os referidos controles têm escopos diferentes: o controle de legalidade tem caráter essencialmente corretivo, tendo por fim a anulação de ato que se apresente em desconformidade com a lei (podendo também assumir função convalidadora nos casos em que tal reabilitação é autorizada); já o controle de legitimidade pode apresentar diferentes vieses: de fiscalização, cujo intuito é detectar possível desconformidade da ação administrativa com o interesse público, de revogação, para desconstituir, total ou parcialmente um ato considerado desconforme com o interesse público, ou de substituição, exercido para simultaneamente desconstituir um ato em desacordo com o interesse público e constituir outro em seu lugar, que se adeque à satisfação pretendida.³⁶²

Desde já, é necessário destacar que a concepção de controle interno acolhida neste estudo tem uma amplitude ainda maior, como se demonstrará adiante: é que se propõe uma moderna noção de controle interno voltada não apenas para o controle financeiro-contábil, de legalidade, de legitimidade e de eficiência, mas também a ideia do controle interno direcionado à integridade pública. Para apresentar esta perspectiva ampla, inicia-se a abordagem por uma análise evolutiva do tratamento do controle no contexto normativo brasileiro a partir da reforma administrativa da década de 90.

2.2. Do contexto do controle na administração burocrática à moderna ótica de integridade.

De fato, a doutrina costuma evidenciar essa trajetória evolutiva da concepção de controle interno destacando, como dito, a ampliação e a evolução de seu objeto. Inicialmente, como é sabido, a preocupação fundamental do controle estatal estava em garantir a lisura e a conformidade das contas públicas. No entanto, no Brasil, a atividade de controle foi amplamente influenciada pelas profundas alterações sofridas pelo direito administrativo nas últimas décadas, especialmente com a Reforma do Estado brasileiro, nos anos 90, que trouxe

³⁶² CASTRO, **Controle interno da administração pública: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa**, p. 105 e 106.

para o controle o enfoque da análise de eficiência e efetividade³⁶³, além de dar início à discussão do tema da governança pública³⁶⁴ no Brasil, inclusive com a introdução da ideia de *accountability* para análise do desempenho estatal³⁶⁵. Calha dedicar algumas linhas para contextualizar esse processo, considerando a exposição apresentada pelo principal responsável pela condução daquela reforma administrativa, Luiz Carlos Bresser-Pereira, Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado do primeiro mandato do governo Fernando Henrique Cardoso.³⁶⁶

A reforma administrativa brasileira, apoiada na proposta da administração pública gerencial, veio como uma resposta à crise do Estado nos anos 80 (que teve início com o segundo choque do petróleo em 1979 e se caracterizou pela perda da capacidade do Estado de coordenar o sistema econômico de forma complementar ao mercado e pelo colapso da forma burocrática pela qual o Estado era administrado³⁶⁷) e à globalização da economia,

³⁶³ Vanuza da Silva Figueiredo e Waldir Jorge Ladeira dos Santos (Transparência e controle social na administração pública) lembram que, no final, do século XX, as reformas que objetivavam implantar a administração gerencial ficaram conhecidas como "Nova Gestão Pública" ou "New Public Management" e se basearam em valores como capacidade de resposta, transparência, inovação e orientação para o alcance dos objetivos, transferindo a ênfase do novo modelo para o cidadão e os resultados, exigindo-se do gestor público eficiência, transparência e qualidade na prestação dos serviços públicos e no exercício das funções estatais.

³⁶⁴ Romilson Rodrigues Pereira (Governança no Setor Público – origem, teorias, modalidades e aplicações, **Revista do TCU**, v. n. 122, p. 120 a 131, 2011) destaca que é possível afirmar que "a governança no setor público se alicerça basicamente sobre os princípios da (i) transparência, (ii) integridade e (iii) responsabilidade ou dever de prestar contas (*accountability*), os quais são, em essência, *mutatis mutandis*, os mesmos sugeridos para a governança corporativa." No âmbito normativo, a Instrução Normativa nº 1 de 2016, editada pelo Ministério do Planejamento e pela Controladoria-Geral da União define governança como "combinação de processos e estruturas implantadas pela alta administração, para informar, dirigir, administrar e monitorar as atividades da organização, com o intuito de alcançar os seus objetivos" e governança no setor público como "mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade" (artigo 2º, incisos VIII e IX). Por fim, o Decreto nº 9.203/2017, que trata da política de governança da Administração Pública Federal mantém a definição de governança pública da IN MP-CGU nº 1/2016 (artigo 2º, I).

³⁶⁵ NOHARA, Irene Patrícia, Governança pública e gestão de riscos: transformações no direito administrativo, *in*: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Orgs.), **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento**, Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 327 a 342.

³⁶⁶ Durante o primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso como Presidente do Brasil, o professor da Fundação Getúlio Vargas (SP), Luiz Carlos Bresser-Pereira, exerceu o cargo de Ministro do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado - MARE.

³⁶⁷ Na verdade, Luiz Carlos Bresser-Pereira (Da administração pública burocrática à gerencial, *in*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Eds.), **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998) afirma que a crise do Estado na década de 80 pode ser definida como uma crise na administração pública burocrática, conforme se verá adiante, e como uma crise política, uma crise fiscal e uma crise no modo de intervenção do Estado. Nas palavras do autor: "A crise política teve três momentos: primeiro, a crise do regime militar - uma crise de legitimidade; segundo a tentativa populista de voltar aos anos 50 - uma crise de adaptação ao regime democrático; e finalmente, a crise que levou ao impeachment de Fernando Collor de Mello - uma crise moral. A crise fiscal ou financeira caracterizou-se pela perda do crédito público e por poupança pública negativa. A crise do modo de intervenção, acelerada pelo processo de globalização da economia mundial, caracterizou-se pelo esgotamento do modelo protecionista de substituição de

aspectos que impuseram a redefinição das funções do Estado e da sua burocracia. Assim, no aspecto administrativo da reforma, o Estado foi pensado como um sujeito, um organismo que precisava ter sua governança ampliada, para poder agir de forma mais efetiva e eficiente em benefício da sociedade.

No Brasil, a crise da administração pública burocrática teve início ainda durante o regime militar, o qual não foi capaz de afastar o patrimonialismo e não atuou para consolidar uma burocracia profissional no país.³⁶⁸ No entanto, na visão de Bresser-Pereira, a crise se agrava com a promulgação da Constituição de 1988 que institucionaliza uma administração com enrijecimento burocrático extremo - como consequência tanto da sobrevivência ao patrimonialismo quanto desse enrijecimento burocrático, advém o alto custo e a baixa qualidade da administração pública brasileira à época. Muito embora a administração pública burocrática tenha sido adotada como uma alternativa muito superior à administração patrimonialista do Estado, a verdade é que seu pressuposto de eficiência não se confirmou na prática - a partir do momento em que o Estado foi assumindo a roupagem Estado social, acumulando, portanto, atividades de atendimento à sociedade (como educação, saúde, cultura, previdência e assistência social, pesquisa científica) e papéis econômicos (como regulação do sistema econômico interno e das relações econômicas internacionais, estabilidade da moeda e do sistema financeiro, provisão de serviços públicos e de infraestrutura), que eram estranhos ao pequeno Estado liberal do século XIX, verificou-se que o modelo burocrático de administração não garantia nem a boa qualidade, nem o custo baixo para dos serviços prestados ao público (nas palavras do autor, a administração burocrática é "lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos"). Dessa forma, Bresser-Pereira defende que, naquele momento - década de 90, no Brasil -, a necessidade de se ultrapassar o modelo de administração burocrática para se alcançar o modelo de administração pública gerencial (que vinha inspirada nos avanços realizados na administração de empresas) decorreu não apenas do crescimento e da consequente diferenciação das estruturas e da complexidade crescente da pauta de problemas que deveriam ser enfrentados, mas também da dificuldade de legitimação da

importações, que foi bem sucedido em promover a industrialização nos anos de 30 a 50, mas que deixou de sê-lo a partir dos anos 60; transpareceu na falta de competitividade de uma parte ponderável das empresas brasileiras; expressou-se no fracasso em se criar no Brasil um Estado do Bem-Estar que se aproximasse dos moldes social-democratas europeus. Por fim, a crise da forma burocrática de administrar um Estado emergiu com toda a força depois de 1988, antes mesmo que a própria administração pública burocrática pudesse ser plenamente instaurada no país."

³⁶⁸ O que poderia ter sido feito por meio da redefinição de carreiras e de um processo sistemático de abertura de concursos públicos para a alta administração. No entanto, afirma o autor (BRESSER-PEREIRA, Da administração pública burocrática à gerencial) que o regime militar "preferiu o caminho mais curto do recrutamento de administradores através das empresas estatais. Esta estratégia oportunista do regime militar, que resolveu adotar o caminho mais fácil da contratação de altos administradores através das empresas, inviabilizou a construção no país de uma burocracia civil forte, nos moldes que a reforma de 1936 propunha."

burocracia perante as demandas da cidadania. Aos poucos então, foram sendo delineados os novos contornos da Administração Pública brasileira, quais sejam: (i) descentralização política, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais; (ii) descentralização administrativa, por meio da delegação de competências para administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos; (iii) organizações com poucos níveis hierárquicos (ao invés de piramidal); (iv) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; (v) controle por resultados, *a posteriori*, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; (vi) administração voltada para o atendimento ao cidadão, ao invés de autorreferida.^{369 370}

Nesses termos é que o Plano Diretor da Reforma do Estado, apresentado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado em 1995, previa que toda a reestruturação do aparelho estatal brasileiro seria orientada pelos valores da eficiência e da qualidade na prestação do serviço público e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações. A ideia vigente era, pois, que a administração gerencial representaria um avanço com relação à administração burocrática, sem, entretanto, negar todos os seus princípios - na realidade, a administração pública gerencial estaria apoiada na administração pública burocrática (mantendo - mas algumas vezes de forma mais flexível - alguns dos seus princípios fundamentais, como a admissão segundo critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho, o treinamento sistemático), muito embora se diferenciem precisamente na forma de controle, a qual deixaria de se basear nos processos para se concentrar nos resultados. Com efeito, a reforma do aparelho do Estado brasileiro tinha como finalidade aumentar sua governança, ou seja, sua capacidade de implementar as políticas públicas de forma eficiente (necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário). O plano destaca que a administração pública gerencial enxerga o cidadão como um contribuinte de impostos e cliente de seus serviços³⁷¹ - daí que os

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ Como destaca Ana Alexandra Pimenta Cabral Bondoso (**O contributo do controle interno para a prevenção da corrupção: estudo dos municípios portugueses**, Dissertação de mestrado, Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro, Vila Real, 2014, p. 62), esse movimento de reforma da administração burocrática para adoção das diretrizes da administração gerencial foi um fenômeno que pode ser visto em diversos países: "O crescimento e a imposição das necessidades de melhores serviços para os cidadãos (eficiência e eficácia do setor público), bem como a burocracia associada ao estado do bem-estar económico e social e as dificuldades do nível de despesa pública têm fomentado uma nova orientação na prestação de serviços por parte da administração pública para responder a esta crescente exigência social - *New Public Management*. Passamos, então, para uma administração pública com características inspiradas nas práticas utilizadas no setor privado, sendo a qualidade dos serviços prestados, bem como a satisfação do cliente o centro desta nova orientação. Este facto veio ativar a realização de reformas na administração pública de variados países."

³⁷¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Coordenação gerencial na Administração Pública, **Revista de Direito Administrativo**, v. n. 214, p. 35 a 53, 1998) destaca que para se compreender a reforma administrativa, é necessário ter em mente uma nova - mais extensa e mais profunda - interação entre

resultados das ações estatais são avaliados como bons ou ruins não em função do maior ou menor controle sobre os processos administrativos (como ocorre na administração pública burocrática), mas sim porque as necessidades do cidadão-cliente estão sendo atendidas.³⁷²

A reforma administrativa da década de 90, que buscou implantar o modelo gerencial de administração no Brasil, introduziu, portanto, a ideia de eficiência administrativa como parâmetro e diretriz para a prestação das atividades estatais, culminando, inclusive, com a consagração da eficiência como princípio norteador da atividade administrativa, inserido no *caput* do artigo 37 da Constituição pela Emenda nº 19 de 1998^{373 374}. Isso aumentou, no âmbito normativo brasileiro, o espectro do princípio da eficiência, que passou a englobar também a noção da eficácia da atuação administrativa, ou seja, abrangendo tanto a preocupação com os meios empregados (de cumprimento de requisitos formais) quanto com

o Estado e a sociedade. Segundo o autor, a transição da administração burocrática clássica (assentada na hierarquia e na autoridade) para a administração gerencial moderna, muito influenciada pela postura pragmática das megaempresas e pelas exigências de transparência estatal, promove o deslocamento do foco de interesse administrativo do Estado para o cidadão - a ideia, portanto, é de um Estado que administra para o cidadão e para atingir os interesses públicos que lhe são confiados pela ordem jurídica.

³⁷² PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA; CÂMARA DA REFORMA DO ESTADO; MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO, Plano diretor da reforma do aparelho do Estado, 1995, p. 16 a 24.

³⁷³ *Verbis*: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)".

³⁷⁴ A Emenda Constitucional nº 19 de 1998 foi o instrumento constitucional da reforma administrativa. Carlos Alberto Menezes Direito (Reforma administrativa: a Emenda nº 19/98, **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 11, n. 1, p. 41 a 49, 1999) à época indicou os seguintes pontos como os mais expressivos da reforma, dentre os quais destaca-se: (i) a regulamentação da estabilidade do servidor públicos, com previsão da possibilidade de perda do cargo em circunstâncias especiais além da sentença judicial transitada em julgado e decisão em processo administrativo disciplinar, já previstos (artigo 41); (ii) a imposição de rigoroso controle da despesa pública com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados e dos Municípios, que não poderá ser superior aos limites fixados em lei complementar (artigo 169, artigo 247 e inciso XI do artigo 37, que trouxe regras para o sistema remuneratório do serviço público, dentre outros); (iii) a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e das entidades da administração direta e indireta, a qual poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, tendo por objeto a estipulação de metas de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes, remuneração do pessoal (artigo 37, § 8º). Uadi Lammêgo Bulos (Reforma administrativa (primeiras impressões), **Revista de Direito Administrativo**, v. 214, p. 69 a 98, 1998), também à época, destacou o modelo gerencial de Administração Pública trazido pela reforma administrativa: "A EC n.19/98 acompanhou a tendência de outros Estados contemporâneos, no sentido de propor alterações formais nos princípios e normas que regulamentam a Administração Pública. Assim, a reforma administrativa não é algo exclusivo do Brasil, mas sim uma experiência universal, que vem sendo adotada em diversas partes do mundo (...). Dentre os inúmeros aspectos comuns às reformas administrativas, está a implantação do modelo gerencial em substituição ao modelo burocrático de Estado, erigindo-se o que pode ser denominado de *Administração Pública de resultados*. Esta, por sua vez, lastreia-se num modelo gerencial, visando aumentar a efetividade dos serviços prestados à população, bem como definir o núcleo estratégico do Estado, através da delimitação de políticas públicas e do equacionamento financeiro da máquina administrativa. Nesse último aspecto, tem em vista o equilíbrio da receita e da despesa. (...)".

o atingimento dos resultados almejado.³⁷⁵ Ademais, além do objetivo de sinalizar o dever de que a atuação e a organização administrativas se voltem a atender eficazmente às finalidades públicas, o dever de eficiência também passa a ser entendido como um parâmetro de controle, de aferição permanente do atendimento das finalidades na atuação do poder público, refletindo um direito subjetivo ao recebimento da boa prestação administrativa³⁷⁶, ou seja, refletindo um aspecto do dever de boa administração.

Diogo Figueiredo Moreira Neto assevera que a reforma administrativa brasileira da década de 90 trouxe ainda para o contexto pátrio a necessidade de se repensar princípios e métodos de trabalho. De fato, segundo o autor, a competitividade no serviço público (inaugurada especialmente a partir da concepção de que o atendimento do interesse público não é monopólio do Estado) gera novas diretrizes administrativas para a gestão dos interesses públicos³⁷⁷, as quais giram especialmente em torno de dois valores centrais: a ética - introduzindo-se a ideia da necessidade de observância de valores como integridade, responsabilidade, transparência, objetividade e honestidade no exercício da atividade pública³⁷⁸ - e a eficiência, em razão da qual deixa-se de enxergar a gestão da coisa pública

³⁷⁵ CASTRO, **Controle interno da administração pública: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa**, p. 186.

³⁷⁶ MARQUES NETO, Os grandes desafios do controle da Administração Pública. No entanto, o autor destaca adiante que, ao contrário do que possa ser indicado pelo senso comum, a busca de eficiência da Administração Pública não implica necessariamente aumentar o controle, uma vez que: (i) a multiplicidade de controles pode levar à ineficiência do próprio controle; (ii) os procedimentos de controle têm custos; e (iii) o controle pelo controle pode levar a um déficit de responsividade (a medida de controle poder ter um alto impacto para o interesse público mais denso envolvido no caso). Deve-se ter em mente, alerta o autor, que quando uma mesma ação administrativa se submete a muitas instâncias de controle, pode ocorrer uma multiplicação de procedimentos inócua (contrariando, pois, as ideias de economicidade e eficiência, que também devem permear o controle) que replica diferentes análises sobre o mesmo aspecto, deixando de ter em conta outras nuances que acabam ficando a descoberto, criando uma falsa impressão de rigor quando, na verdade, há ociosidade e omissão em controlar o que é relevante. Nesse sentido, destaca o autor, "mais do que buscar regras e controles em excesso, o desafio é perseguir um sistema de controle que seja eficiente, sem constituir, no entanto, entrave ao bom gerenciamento da máquina administrativa."

³⁷⁷ MOREIRA NETO, Coordenação gerencial na Administração Pública. De fato, segundo o autor, a reforma administrativa trouxe para o contexto pátrio a noção de que o atendimento ao interesse público não é monopólio do Estado, podendo se prolongar em um espaço público não estatal (abrigoando novas formas de ação e de entidades voltadas a administrar os interesses gerais). Assim, as diversas entidades - estatais e não estatais -, cada uma em seu campo de atuação, submetem-se a denominadores comuns e exigências semelhantes para gerenciar a prestação dos serviços à sociedade, o que acaba tornando menos importante a natureza jurídica do ente prestador e, em alguns casos, até mesmo a definição do regime a que se sujeita (exceto quando a própria natureza da atividade determine que ela seja necessariamente suportada pelo exercício da coerção estatal) e reclamando que sejam repensados princípios e métodos em termos de ética e eficiência.

³⁷⁸ *Ibid.* O autor cita, como uma boa síntese dos deveres funcionais, para a época, os "Sete Princípios da Vida Pública", constantes do Primeiro relatório da comissão sobre normas de conduta para a vida pública da Câmara dos Comuns do Reino Unido (Relatório Nolan), publicado também na década de 1990, quais sejam: (i) interesse público, que continua sendo a finalidade da administração, embora seu atendimento não seja monopólio estatal; (ii) integridade, decorrente da independência dos exercentes dos cargos públicos em relação a quaisquer indivíduos ou organizações que possam influenciá-los no cumprimento de seus deveres; (iii) objetividade, que destaca a importância de se decidir apenas com base no mérito, buscando-se resultados positivos que podem e devem ser alcançados na gestão da

como mero desenvolvimento de procedimentos, importando-se menos com o processo e mais com os resultados, que devem ser alcançados com menor custo, no mais curto espaço de tempo e com a melhor qualidade possível.

No entanto, ao que parece, em um primeiro momento, a reforma administrativa brasileira gerou um enfoque muito maior na eficiência do que na ética. A doutrina se debruçou para esmiuçar o conteúdo específico do novo princípio constitucional - que é um conceito polissêmico, não podendo ser visto como um simples dever irrestrito de reduzir custos e de aumentar a lucratividade estatal (estando bem mais voltado à tentativa de se desautorizar, no plano jurídico, a supervalorização dos interesses públicos secundários e ao direcionamento da atuação estatal precipuamente aos interesses públicos primários). Ou seja, com a positivação constitucional do princípio da eficiência, sua leitura e análise passar necessariamente a ser feitas em prol do cidadão, conferindo uma interpretação ampliada de direitos, conformando, portanto, mais uma forma de controle.³⁷⁹

De fato, com a reforma administrativa o controle interno da Administração Pública brasileira se remodela. Se inicialmente havia uma preocupação específica com as contas públicas (financeiro-orçamentário), de forma menos finalística, e com o controle da legalidade dos atos estatais, acresce-se ao controle estatal um cuidado particular na análise da eficiência da atuação estatal (seus resultados), vislumbrando a eficiência não como um fim em si mesmo, mas sim devendo obrigatoriamente conjugar os contextos normativo, administrativo, jurídico em que foi emanado o ato.³⁸⁰

Mais recentemente, no entanto, a preocupação com a ética e com o dever de probidade parece ter efetivamente se inserido de forma sistemática na rotina da atividade administrativa e, mais especificamente, na concepção de controle interno da Administração. Há que se lembrar que a Constituição Federal já elencava desde seu texto originário, como um dos princípios da Administração Pública, o princípio da moralidade (artigo 37, *caput*), prevendo ainda no § 4º do mesmo artigo que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. A Lei de Improbidade Administrativa brasileira atualmente em vigor - Lei

coisa pública; (iv) responsabilidade (accountability) perante o Estado e perante a sociedade, que envolve a submissão dos entes, dos órgãos e dos agentes públicos a quaisquer tipos de fiscalização que se mostrem necessários; (v) transparência, resultante da necessária motivação das decisões, da abertura do acesso às informações, do contraditório e da aceitação da participação popular na forma e pelos meios compatíveis com um razoável nível de eficiência; (vi) honestidade, que impõe ao agente público o dever de declarar eventuais impedimentos e de proteger o interesse público (ainda que isso possa lhe causar prejuízos pessoais); e (vii) liderança, consubstanciando-se em uma atitude dos agentes públicos em apoio a esses princípios, especialmente por meio de exemplo.

³⁷⁹ CASTRO, **Controle interno da administração pública: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa**, p. 189.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 192 e 193.

nº 8.429 - é de 02 de junho de 1992. No ordenamento jurídico brasileiro - em especial no âmbito da legislação federal -, há vários outros normativos que destacam a preocupação com os deveres de moralidade, de ética e de probidade dos servidores públicos, como por exemplo: (i) o Estatuto dos Servidores Públicos Federais, Lei nº 8.112/91 de 11 de dezembro de 1990, que prevê como um dos deveres do servidor público manter conduta compatível com a moralidade administrativa e elenca como hipótese de demissão do servidor público a prática de ato que se configure como improbidade administrativa (artigo 116, IX e artigo 132, IV); (ii) o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, de 1994 (Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994); o (iii) o Código de Conduta da Alta Administração Federal, aprovado em 21 de agosto de 2000³⁸¹; e (iv) a Lei de Conflito de Interesses, Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013.

Ainda quanto à gestão da ética, o citado Decreto nº 1.171/94 (Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal) determinou que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta e indireta implementassem suas respectivas Comissões de Ética (artigo 2º), com a atribuição de orientar e de aconselhar sobre a ética profissional do servidor, no tratamento com as pessoas e com o patrimônio público, competindo-lhes conhecer concretamente de imputações ou de procedimentos susceptíveis de censura (item XVI do Anexo). Em 1999, pelo Decreto de 26 de maio, foi criada a Comissão de Ética Pública - CEP, com atribuição de funcionar como instância consultiva do Presidente da República e dos Ministros de Estado em matéria de ética pública, administrar a aplicação do Código de Conduta da Alta Administração Federal e dirimir dúvidas a respeito de suas normas, apurar condutas em desacordo com as referidas normas quando praticadas pelas autoridades a ela submetidas, além de orientar e dirimir dúvidas e controvérsias das altas autoridades públicas acerca da interpretação das normas que regulam o conflito de interesses. O Decreto 6.029, de 1º de fevereiro de 2007, instituiu o Sistema de Gestão de Ética do Poder Executivo Federal, formado pela CEP (que o coordena e supervisiona), pelas Comissões de Ética previstas no Decreto nº 1.171/94 e pelas demais Comissões de Ética e equivalentes instituídas nas entidades e órgãos do Poder Executivo federal.

Constata-se que os valores referentes à ética e à probidade no serviço público foram sendo reforçados normativamente ao longo do tempo, especialmente após a vigência da nova ordem constitucional. Se já faziam parte do escopo amplo de análise dos órgãos de controle institucional externo e, internamente, dos órgãos disciplinares (vez que, inclusive, conformam

³⁸¹ O artigo 2º do Código prevê quem são os componentes da Alta Administração Federal, os quais se submetem às regras de conduta prescritas pelo normativo: (i) Ministros e Secretários de Estado; (ii) titulares de cargos de natureza especial, secretários-executivos, secretários ou autoridades equivalentes ocupantes de cargo do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS, nível seis; (iii) presidentes e diretores de agências nacionais, autarquias, inclusive as especiais, fundações mantidas pelo Poder Público, empresas públicas e sociedades de economia mista.

o dever de boa administração), também inauguraram uma nova instância de análise das condutas dos servidores públicos: a instância ética.

Mas, muito recentemente, com a edição do Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, essa preocupação com a conduta ética e proba do servidor recebeu mais um reforço normativo quanto à sua função de elemento caracterizador do sistema de controle interno estatal. O referido decreto - que trata da política de governança da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional -, determinou, em seu artigo 19, a necessidade de instituição, pelos órgãos e entidades da Administração Pública federal, de programa de integridade com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção³⁸².

Entende-se, pois, que o Decreto 9.203/17 arremata o processo de evolução das feições do controle interno estatal brasileiro até o momento, que se vê formado, assim, tanto pelos controles contábil-financeiro, de legalidade e de eficiência quanto pelo controle de integridade.

2.3. Da abrangência da concepção de controle interno

A partir da evolução da concepção de controle interno exposta acima (e, claro, da concepção ampla do controle estatal), é possível entender que a expressão *controles internos* designa os diversos tipos de fiscalização existentes no interior da Administração Pública. Noutras palavras, a partir desta perspectiva, é cabível conceituar controle interno, de forma geral, como a fiscalização que a Administração exerce sobre os atos e sobre as atividades de seus órgãos³⁸³ - conceito que engloba muitas vertentes.

À partida, é necessário ter em conta que, de forma geral, quando se alude a controle interno, a expressão pode abarcar tanto a atuação do ente administrativo em relação a seus próprios atos e suas próprias atividades, quanto em relação aos atos e às atividades das entidades descentralizadas que lhes são vinculadas. Por exemplo, no âmbito do ordenamento jurídico português, esses poderes relacionados ao controle administrativo - referentes aos tipos de relações funcionais inter-orgânicas - estão constitucionalmente previstos, no nº 2, do artigo 267º, que trata da estrutura da Administração: o texto normativo fala em "poderes de

³⁸² Nas palavras de Irene Patrícia Nohara (Governança pública e gestão de riscos), "o mencionado decreto marca a intensificação de um movimento que articula a governança pública com o direito administrativo, pois a ideia é que haja diretrizes que se voltem ao desempenho da função administrativa em âmbito federal, com foco em capacidade de resposta, integridade, confiabilidade, melhoria regulatória, prestação de contas e responsabilidade e transparência, sendo incorporada a gestão de riscos, agora direcionada não apenas ao Poder Executivo, como na IN MP/CGU nº 1/2016, mas também para as autarquias e fundações em âmbito federal."

³⁸³ MEDAUAR, **Controle da Administração Pública**, p. 51 a 53.

direção, superintendência e tutela dos órgãos competentes".³⁸⁴ No Brasil, embora a Constituição se refira, por diversas vezes, à Administração direta e indireta (autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas)³⁸⁵ e aos órgãos públicos, não trata expressamente da desconcentração ou descentralização administrativa nem dos poderes (ou do tipo de controle) daí advindos. No entanto, a partir destas referências, é possível se inferir que a Administração Pública brasileira se organiza por processos de desconcentração e descentralização: (i) na desconcentração, o ente federativo promove a distribuição interna de competências para órgãos específicos (mantendo-se, pois, uma única pessoa jurídica de direito público, que desconcentra suas competências entre os órgãos criados por ela), de forma que entre os órgãos criados e o ente existe uma relação de hierarquia administrativa, o que gera o controle hierárquico do ente sobre seus órgãos (comando, fiscalização, revisão, punição, solução de conflitos de competência, delegação e avocação); (ii) na descentralização, por outro lado, o ente cria novas pessoas jurídicas (de direito público ou privado), transferindo-lhes parte de suas atribuições, pressupondo, portanto, a existência de duas pessoas jurídicas distintas, entre as quais não existe

³⁸⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de, **Lições de Direito Administrativo**, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 97 e 98. Segundo José Carlos Vieira de Andrade, tais poderes podem ser assim definidos: (i) direção: é o poder de dar ordens e instruções concretas, sejam comandos ou proibições; decorre da relação de hierarquia (no caso, a hierarquia inter-orgânica ou externa, que não se confunde com a hierarquia interna - "chefia" - dos serviços), a qual configura uma relação de supra-infra-ordenação, que existe exclusivamente no interior dos entes públicos, com caráter intrapessoal (revelando-se presente, portanto, especialmente no contexto da administração desconcertada) - da hierarquia decorrem, para o órgão superior, além do poder de direção, poderes típicos como o poder de supervisão (incluindo o poder de suspender, modificar ou revogar atos) e o poder de anulação dos atos do subalterno, além de poderes instrumentais como os poderes de inspeção e disciplinar (que também existem na hierarquia dos serviços); (ii) superintendência: é exercido por órgãos de pessoas coletivas de fins múltiplos (Estados, Regiões Autônomas e autarquias locais) em relação a pessoas coletivas de fins específicos (que constituem administrações indiretas daquelas), abrangendo, via de regra, o poder de orientação por meio de diretrizes ou diretivas (que indicam finalidades, mas sem determinação estrita de meios) ou de orientações estratégicas; (iii) tutela: abrange, em regra, a fiscalização de legalidade (não precisando, portanto, de consagração legal expressa) e que tanto existe em um quadro de desconcentração personalizada nas relações com as administrações indiretas (onde complementa e acresce à superintendência) quanto em um quadro de desconcentração em sentido estrito, nas relações entre o governo e os órgãos das administrações autônomas, territoriais ou corporativas.

³⁸⁵ Cite-se a doutrina de Marçal Justen Filho (**Curso de direito administrativo, ebook**) para melhor aclarar os significados dos termos administração direta e administração indireta no contexto brasileiro: "A Constituição atribui a um conjunto de sujeitos políticos a titularidade de competências administrativas. Utiliza-se a expressão 'Administração direta' para indicar o ente político que, por determinação constitucional, é o titular da função administrativa. A Administração direta compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Município. Em princípio, todas as funções de administração pública estatal são atribuídas constitucionalmente a esses entes políticos. Mas o direito permite que o ente político atribua uma parcela de suas competências administrativas estatais a outros sujeitos de direito, criados diretamente por lei ou mediante autorização legal. Essas outras pessoas jurídicas não são entes políticos, nem titulares de poderes atribuídos diretamente pela Constituição. Utiliza-se a expressão 'Administração indireta' para referir-se a essas pessoas meramente administrativas. Elas recebem as suas competências de modo indireto, por uma decisão infraconstitucional das pessoas políticas, a quem tais competências foram originalmente atribuídas."

subordinação, mas apenas a relação de vinculação, da qual advém poderes de tutela. Assim, considerando as relações criadas tanto nos processos de desconcentração quanto nos processos de descentralização, entre os entes e órgãos e entre os entes e pessoas jurídicas descentralizadas, é possível se falar, de forma geral, em controles que o ente exerce sobre seus próprios atos e atividades (com a possibilidade de anular ou convalidar os atos ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário) e em relação às atividades das pessoas jurídicas que lhe são vinculadas, com o objetivo de garantir a observância de suas finalidades institucionais³⁸⁶.

Pois bem. No Brasil, quando se utiliza a expressão controle interno, é possível que se esteja falando de uma ou de outra hipótese. Por isso é que Floriano Marques Neto sugere, com acerto, que se adote a expressão *controle interno em sentido amplo*, para englobar a atuação do ente administrativo em relação a seus próprios atos e suas próprias atividades bem como em relação aos atos e às atividades das entidades descentralizadas que lhes são vinculadas e *controle interno em sentido estrito*, para se referir apenas à primeira forma de atuação.³⁸⁷

Nesse sentido, considerando uma concepção de controle interno em sentido amplo, é possível elencar os seguintes elementos formadores, como um rol mínimo: (i) controle hierárquico; (ii) controle tutelar ou supervisão; (iii) autocontrole; (iv) controle disciplinar ou correccional; e (v) controle ético.

O controle hierárquico (i) é resultado da forma mais convencional de organização administrativa, qual seja, a estrutura piramidal de Administração Pública, a qual se fundamenta essencialmente na hierarquia (relação de subordinação existente entre os vários órgãos, com gradação de autoridade de cada um, ou seja, o escalonamento de funções no quadro da Administração) e em um único centro de controle político. O controle hierárquico, em âmbito administrativo, se realiza com os objetivos de ordenar, coordenar, controlar e corrigir a atividade administrativa; para o superior hierárquico decorrem faculdades implícitas como dar ordens e acompanhar o seu cumprimento, delegar e avocar atribuições e rever atos inferiores.³⁸⁸ Essa forma de controle - que pode ser prévia, concomitante ou posterior ao ato

³⁸⁶ DI PIETRO, **Direito administrativo**, ebook. Acerca do poder de tutela sobre as autarquias, Marçal Justen Filho (**Curso de direito administrativo**, ebook) aduz ainda ser um vínculo de subordinação "que indica o controle exercitado pelo ente da Administração direta sobre os sujeitos da Administração indireta que estão a ele vinculados. O poder de tutela não significa a competência para revisar diretamente as ações e omissões praticadas no âmbito da autarquia. Nem envolve o poder de editar diretamente atos substitutivos daqueles de competência da autarquia. Cabe à pessoa política o poder jurídico de verificar a regularidade da atividade desenvolvida no âmbito autárquico. A identificação de algum desvio ou irregularidade deve acarretar determinações aos órgãos da autarquia para adoção das providências cabíveis."

³⁸⁷ MARQUES NETO, Os grandes desafios do controle da Administração Pública.

³⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito administrativo brasileiro**, 42^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 23 a 33.

controlado - pode se dar de ofício ou por provocação da atuação do superior hierárquico (por meio, por exemplo, de recursos hierárquicos, de manifestações de outros órgãos de controle ou mesmo por atuação da imprensa) - trata-se, alfim, de um controle exercido pelo superior sobre seus subordinados. Juan Alfonso Santamaría Pastor propõe classificar as técnicas de controle hierárquico em: (i) controles sobre os atos, que objetivam verificar a legalidade ou oportunidade de atos realizados por órgãos inferiores (por exemplo, a revisão do ato em um procedimento recursal, a revisão de um ato de ofício, a faculdade de reforma incondicionada, por razões de mérito ou de legalidade); e (ii) controles sobre a atividade, que têm por objeto não atos singulares e de conteúdo formal, mas sim condutas ou pautas de gestão gerais, valoráveis desde a perspectiva da legalidade até à da eficácia e da boa organização (por exemplo, a faculdade de inspeção que todo superior dispõe com relação aos órgãos inferiores - a qual pode ser exercida tanto diretamente quanto por meio de órgãos específicos -, o poder de aplicar sanção disciplinar, a exigência de prestação de contas).³⁸⁹

O controle tutelar (ii), por sua vez, advém da adoção de estrutura "matricial" ou "policêntrica" (com a criação, por exemplo, de pessoas jurídicas vinculadas), que relativiza a hierarquia como eixo estruturante da arquitetura administrativa, de forma que, em razão disso, o controle é exercido de forma diversa: um controle extrapessoa jurídica, que se estrutura sobre o vetor institucional e que é efetivado por meio da tutela de um ente pelo outro, tratando-se, pois, do exercício da supervisão por vinculação, que é aquela que incide sobre entidade da Administração indireta.^{390 391}

O autocontrole (iii) é a fiscalização exercida pela própria autoridade que editou o ato ou exerceu a atividade, sobre sua própria atuação, podendo se dar espontaneamente ou mediante provocação, por meio de pedido de reconsideração. É uma oportunidade para a autoridade refletir novamente sobre a decisão tomada ou a atuação empreendida, para corrigi-la caso seja ilegal ou contrária ao interesse público. Ou seja, o autocontrole pode

³⁸⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, **Principios de derecho administrativo general I**, 1. ed., reimpr. Madrid: Lustel, 2006, p. 495 a 497. Por esta classificação, portanto, o controle hierárquico engloba os demais controles internos em sentido estrito, como se demonstrará.

³⁹⁰ Nesse sentido, veja-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (**Curso de direito administrativo**, p. 963): "A Administração Pública, direta ou indireta, assujeita-se a controles internos e externos. Interno é o controle exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo. Externo é o efetuado por órgãos alheios à Administração. Assumida esta codificação terminológica, cumpriria ressaltar que, em relação às entidades da Administração indireta (sem prejuízo dos controles externos), haveria um duplo controle interno: aquele que é efetuado por órgãos seus, que lhe compoñham a intimidade e aos quais assista esta função, e aqueloutro procedido pela Administração direta. A este último talvez se pudesse atribuir a denominação, um tanto rebarbativa ou paradoxal, reconheça-se, de controle interno exterior." Em sentido semelhante também a doutrina de Jean Rivero (**Direito administrativo**, p. 359 e 360), que divisa o controle realizado em regime centralizado (controle hierárquico) e o realizado em regime descentralizado (controle de tutela).

³⁹¹ Ressalte-se que a supervisão é uma competência ministerial prevista constitucionalmente, nos termos do artigo 87, parágrafo único, inciso I. A supervisão também foi tratada pelo Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967 (artigo 25 a 29), que trouxe diretrizes para a reforma administrativa brasileira realizada na década de 60.

resultar na manutenção, na revogação ou na anulação da medida administrativa tomada e, caso ela tenha produzido efeitos materiais, pode gerar novas medidas com a finalidade de suspender ou corrigir eventuais consequências danosas que tenham causado.³⁹²

O controle disciplinar ou correccional (iv) volta-se a identificar, corrigir e punir irregularidades cometidas por agentes públicos, no exercício da função (ou a pretexto dela), englobando, portanto, aspectos de prevenção, de correção, de averiguação, de punição, de ajustamento de condutas e, inclusive, de soluções conciliatórias de conflitos. O controle da disciplina visa a preservação da regularidade da prestação do serviço público, da hierarquia (especialmente quanto à observância das diretrizes emanadas do núcleo central de poder), da legalidade, da moralidade, da probidade, do atendimento ao interesse público, a partir de dois focos: aperfeiçoar (corrigir ou punir) a conduta do agente público e melhorar a prestação do serviço.³⁹³ É exercido pelos órgãos especializados de corregedoria, que visam controlar a ação administrativa de outros órgãos públicos e de seus agentes^{394 395}

O controle ético, por sua vez, é realizado pela Comissão de Ética do ente público. Como exposto, o Decreto nº 1.171/94 (Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal) determinou que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta e indireta implementassem suas respectivas Comissões de Ética (artigo 2º), as quais têm atuação tanto preventiva (orientando e aconselhando sobre a ética profissional do servidor, no tratamento com as pessoas e com o patrimônio público), quanto repressiva (analisando concretamente as imputações ou os procedimentos susceptíveis de censura). Como já exposto, os servidores públicos, além do dever de observar as regras legais quanto

³⁹² MEDAUAR, **Controle da Administração Pública**, p. 57.

³⁹³ ALVES, Leo da Silva, **Controle da disciplina de funcionários**, jus.com.br, disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71987/controle-da-disciplina-de-funcionarios>>. acesso em: 14 abr. 2020.

³⁹⁴ No Brasil, no âmbito federal, o controle correccional é centralizado pela Controladoria-Geral da União, englobando as atividades de correição propriamente dita, a apuração de possíveis irregularidades cometidas por servidores públicos e a aplicação das devidas penalidades, além das atividades de auditoria, que buscam assegurar a gestão adequada dos recursos públicos federais (nesse sistema, as atividades são divididas internamente por diferentes órgãos da CGU: as de correição strictu sensu são exercidas pela Corregedoria-Geral da União e as referentes à auditoria são de atribuição da Secretaria Federal de Controle Interno, nos termos do artigo 51 a 53 da Lei nº 13.844/2019). Mencione-se, no entanto, a peculiar situação, quanto a este ponto, das carreiras da Advocacia-Geral da União (AGU) - muito embora a AGU seja considerada uma estrutura ligada ao Poder Executivo Federal, por se referir a uma carreira de Estado e ser considerada pela Constituição brasileira uma função essencial à justiça (artigo 131), possui sistema de controle próprio, com órgãos correccional e disciplinar que não fazem parte da estrutura da CGU.

³⁹⁵ Ressalte-se que, ao tratar do controle correccional, Odete Medauar (**Controle da Administração Pública**, p. 61) ainda agrega a noção de auditoria, termo que geralmente se vincula ao controle financeiro, muito embora também se aplique à fiscalização geral da atividade administrativa - segundo Evandro Martins Guerra (**Os controles externo e interno da Administração Pública**, p. 281 e 282) é a atividade administrativa interna voltada à verificação e à avaliação dos sistemas e procedimentos adotados, buscando minimizar os erros ou desvios cometidos na gerência da coisa pública, proporcionando à Administração informações, avaliações, análises e recomendações relacionadas com as obrigações e os objetivos a ela inerentes. Mas vale ressaltar que a análise efetuada pelo autor leva em consideração um conceito de controle interno mais restrito do que o adotado neste estudo.

aos atos que devem praticar no exercício de suas funções, também têm sua atuação norteadas por códigos de ética ou de conduta³⁹⁶, os quais geralmente são elaborados pelas Comissões de Ética quando do início de suas atividades.

Odete Medauar ainda inclui outros dois elementos na concepção de controle interno em sentido amplo: as Ouvidorias e os pareceres vinculantes dos órgãos consultivos³⁹⁷.

Com relação às Ouvidorias dos órgãos públicos, vale ressaltar que têm assumido papel cada vez de maior destaque na gestão administrativa, em especial: (i) na recepção de denúncias e reclamações de usuários do serviço público, atuando na viabilização do diálogo entre o cidadão e a Administração Pública e como instrumento facilitador do controle social; (ii) na recepção de denúncias e reclamações dos próprios servidores do órgão com relação às suas atividades ("Ouvidoria do Servidor"); (iii) como mecanismo de fornecimento de dados para avaliação da eficiência e eficácia da prestação dos serviços públicos³⁹⁸. Dessa forma, as manifestações recebidas via Ouvidoria, caso contenham os elementos suficientes de narração dos fatos, podem dar início a atividades de controle interno em sentido amplo (como investigações de cunho disciplinar ou investigações sobre contratos administrativos).

Já quanto aos pareceres vinculantes (definidos como uma manifestação que veicula o entendimento de órgãos técnicos em geral ou jurídicos, a respeito de questões e dúvidas relacionadas às respectivas áreas de atuação) esse seria um primeiro controle preventivo, realizado pelos órgãos consultivos para apresentar sua manifestação prévia sobre projetos de decisão. De facto, os órgãos consultivos, via de regra, desenvolvem uma atividade que objetiva auxiliar o tomador de decisão a fazê-lo da melhor forma, levando em conta todos os elementos relevantes - considerando o paulatino aumento da atuação dos poderes públicos em campos cada vez mais especializados e complexos, cresceu a necessidade de expansão dos órgãos consultivos, em razão das exigências de manifestações cada vez mais técnicas (além das novas exigências de consensualidade e a necessidade de informar, antes da

³⁹⁶ Recentemente (em junho de 2020) o Ministério da Economia editou o Manual de Conduta para os agentes públicos civis federais (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, **Manual de Conduta do Agente Público Civil do Poder Executivo Federal**, 1. ed. Brasília, 2020.), no qual constam princípios básicos para a atuação profissional do agente público, condutas esperadas, condutas inadequadas bem como disposições sobre conflitos de interesses e sobre o teletrabalho - nos termos da conclusão do referido documento, o "Manual deverá ser utilizado de forma complementar ao arcabouço legal e normativo em vigor, de forma a orientar e sedimentar os padrões e práticas ora estabelecidas. Os órgãos e entidades poderão estabelecer mecanismos de apropriação e leitura do presente Manual, como parte das iniciativas no âmbito de seus Programas de Integridade."

³⁹⁷ MEDAUAR, **Controle da Administração Pública**, p. 66 a 69 - indica-se a seguir a argumentação da autora.

³⁹⁸ Com o objetivo de disciplinar a participação, a proteção e a defesa dos usuários dos serviços públicos no Brasil foi publicada, em 26 de junho de 2017, a Lei nº 13.460 ("Código de Defesa do Usuário do Serviço Público"), trazendo a previsão de que, para garantir seus direitos, o usuário poderá apresentar manifestações - reclamação, denúncia, elogio, sugestão e solicitação de providências - perante a administração, dirigidas à Ouvidoria do órgão, sobre a prestação dos serviços (artigo 9º e 10º).

decisão, administrados e grupos). Há que se frisar, no entanto, que existe controvérsia na doutrina quanto a esta natureza de controle atribuída a tal tipo de atividade, uma vez que ela transita entre a função consultiva e a verdadeira função de controle, muito embora existam hipóteses em que é difícil afastar a semelhança do parecer vinculante com uma espécie de autorização (nos casos em que a edição de alguns atos deva ser precedida, por exemplo, do parecer favorável de determinados órgãos - via de regra, técnicos -, uma vez que, nessas hipóteses o parecer condiciona o conteúdo do ato, só cabendo à autoridade, como dito, caso discorde do entendimento apresentado, a alternativa de não praticar o ato).

Vistos, pois, os elementos mínimos conformadores do controle interno em sentido amplo, é possível daí se extrair os elementos do controle interno em sentido estrito, ou seja, controle realizado pelo ente administrativo em relação a seus próprios atos e suas próprias atividades: (i) o controle hierárquico, (ii) o autocontrole, (iii) o controle disciplinar ou correccional, (iv) o controle ético³⁹⁹. É exercido, pois, no âmbito interno do órgão ou entidade, pela atuação de agentes ou segmentos orgânicos que se dedicam a exercer a atividade de controle (órgãos setoriais de controle interno - que exercem o controle mencionado no já analisado artigo 74 da Constituição e que devem se articular com os órgãos de controle externo, com os demais órgãos setoriais e com o órgão central de controle interno)⁴⁰⁰, incluídos aí os órgãos de controle correccional ou disciplinar e os órgãos de controle ético. Além disso, aderindo-se à doutrina de Odete Medauar citada *supra*, é possível se incluir ainda na estrutura do controle interno em sentido estrito as Ouvidorias dos órgãos públicos (como elementos capazes de dar início à atividade de controle interno, bem como de fornecer dados de gestão consolidados para justificar, robustecer e nortear esse controle); e os pareceres vinculantes, considerados como uma espécie de controle preventivo inicial.

A proposta que se apresenta de delimitação do controle interno em sentido estrito, portanto, parte de uma concepção mais abrangente do que aquela usualmente aplicada em estudos técnicos sobre o controle interno - especialmente aqueles mais voltados à área de auditoria e de contabilidade, que, embora reconheçam o seu caráter multifário, via de regra não incluem, por exemplo, o controle disciplinar e o controle ético no conceito de controle

³⁹⁹ Odete Medauar (**Controle da Administração Pública**, p. 66 a 69), ao analisar os elementos integrantes do controle interno, cita ainda as Ouvidorias e os pareceres vinculantes.

⁴⁰⁰ Floriano de Azevedo Marques Neto (Os grandes desafios do controle da Administração Pública) relembra que no passado o controle interno era exercido de forma centralizada por um sistema de Secretarias de Controle Interno (CISets); posteriormente, as CISets foram absorvidas na estrutura da CGU (criada em 2001). Prossegue o autor: "Com isso, o controle atualmente está centralizado na CGU. A CGU, no entanto, não centraliza todo o controle, apenas o exercido sobre atividades-meio, relacionadas à gestão. Sobre elas, a CGU exerce atividades de fiscalização, aprovação, análise etc. No entanto, sobre estas atividades, o controle é exercido de maneira ampla, *a priori* e *a posteriori*, o que acaba por conferir ao sistema centralizado um amplo rol de ingerência, seja em relação ao uso do orçamento, à verificação da boa utilização dos recursos, à contratação de pessoal de maneira adequada etc. (...) De maneira diversa, o controle sobre atividades-fim, que recai sobre políticas públicas específicas, é exercido de maneira descentralizada, por cada Ministério supervisor."

interno⁴⁰¹. No entanto, é essa visão - que não desconsidera o caráter amplo e plural do controle interno - que parece mais se aproximar da moderna concepção proposta, já citada, de controle interno baseado na integridade pública. Esse é o assunto do próximo ponto.

2.4. O controle interno para efeitos de controle da integridade pública

De fato, como já mencionado, há uma moderna concepção sobre o controle estatal interno, na qual se agrega um valor, um novo paradigma de análise: a concepção do controle interno voltado à integridade pública.

Conforme se demonstrará ao longo deste tópico, essa concepção muito se aproxima da noção de controle interno em sentido estrito tratada no item anterior - daí que, para que não parem dúvidas sobre o viés que se está propondo nesse estudo, sugere-se denominar essa forma de enxergar o controle interno em sentido estrito (de forma ampla e conglobante) como *controle interno voltado à integridade pública*.

A integridade pública é um conceito que vem sendo desenvolvido em âmbito internacional - especialmente pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) - como uma forma estratégica de combater a corrupção e elevar os padrões de valores e de conduta, de probidade e a qualidade do serviço público (e, claro, com isso diminuir os custos - financeiros, de tempo, sociais etc - e aumentar a efetividade da atividade estatal). Diz respeito, essencialmente, ao alinhamento consistente e à adesão de valores, princípios e normas éticas comuns para se garantir a tutela do interesse público (e

⁴⁰¹ Por exemplo, a Organização Internacional De Entidades Fiscalizadoras Superiores - INTOSAI (INTOSAI - GOV 9100, Guía para las normas del control interno del sector público, 2004, p. 6) define o controle interno como um processo integral, efetuado pela gerência e pelo pessoal, desenhado para enfrentar os riscos e para dar uma segurança razoável de que na consecução da missão da entidade serão alcançados os seguintes objetivos gerenciais: (i) execução ordenada, ética, econômica, eficiente e efetiva das operações; (ii) cumprimento das obrigações de responsabilidade; (iii) cumprimento das leis e regulações aplicáveis; (iv) salvaguarda dos recursos para evitar perdas, mau uso e dano. Segundo a INTOSAI, o controle interno é um processo integral dinâmico se adapta constantemente às mudanças que a organização enfrenta; dessa forma, a gerência e o pessoal de todos os níveis devem estar envolvidos nesse processo para enfrentar os riscos e para dar segurança razoável do alcance da missão institucional e dos objetivos gerais da entidade. Já a Instrução Normativa nº 01/2016, editada pelo Ministério do Planejamento e da Controladoria-Geral da União define controles internos da gestão como "conjunto de regras, procedimentos, diretrizes, protocolos, rotinas de sistemas informatizados, conferências e trâmites de documentos e informações, entre outros, operacionalizados de forma integrada pela direção e pelo corpo de servidores das organizações, destinados a enfrentar os riscos e fornecer segurança razoável de que, na consecução da missão da entidade, os seguintes objetivos gerais serão alcançados: (a) execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das operações; (b) cumprimento das obrigações de accountability; (c) cumprimento das leis e regulamentos aplicáveis; e (d) salvaguarda dos recursos para evitar perdas, mau uso e danos. O estabelecimento de controles internos no âmbito da gestão pública visa essencialmente aumentar a probabilidade de que os objetivos e metas estabelecidos sejam alcançados, de forma eficaz, eficiente, efetiva e econômica; (artigo 2º, inciso V).

que o interesse público não seja deixado de escanteio em razão de ilegítimos interesses privados daqueles que gerem ou se relacionam com o Estado).⁴⁰²

No Brasil, como adiantado, recentemente foi agregado à ordem jurídica interna um instrumento que se relaciona diretamente com a proposta ora apresentada: os programas de integridade dos órgãos e entes públicos. A previsão da necessidade de implantação desses programas veio no âmbito de uma linha evolutiva normativa - já citada - e também cultural que se instalou no Brasil, ao menos desde 2013^{403 404}, com o intuito de promover e fortalecer a cultura ética e íntegra no ambiente corporativo e no ambiente institucional público, realizar esforços conjuntos de combate à corrupção e de fortalecimento de boas práticas de gestão - nesse sentido, veja-se: (i) em 2013, foi editada a Lei nº 12.846, de 1º de agosto - denominada Lei Anticorrupção -, que disciplina a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e que prevê incentivos para que as empresas privadas implantem seus programas de integridade⁴⁰⁵; (ii) em 2016, a exigência passou a atingir o setor público: nesse sentido, a Lei nº 13.303, de 30 de junho - denominada Lei das Estatais - trouxe a previsão da necessidade de que empresas públicas e sociedades de economia mista observem as diretrizes gerais de governança e implementem um efetivo programa de integridade⁴⁰⁶; (iii) por fim, em 2017, o já citado Decreto nº 9.203, de 22 de novembro, estendeu a obrigação a toda Administração Pública Federal, atribuindo a todos os entes o dever de implantar programa interno de integridade pública, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais

⁴⁰² ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE), Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública, 2017, p. 3.

⁴⁰³ Como se demonstrará adiante, essa abordagem já vinha sendo recomendada pela OCDE ao Brasil há quase uma década (Avaliações da OCDE sobre Governança Pública - Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira: gerenciando riscos por uma Administração Pública mais íntegra, 2011).

⁴⁰⁴ Há que se ressaltar que a evolução normativa desde 2013 fica demonstrada a seguir, mas quanto à evolução cultural, a data é lembrada em virtude dos inúmeros protestos populares que tomaram o país, que tinham como uma de suas pautas recorrentes o combate à corrupção. Mas é necessário deixar claro que, em termos sociais, esse movimento realmente parece estar acontecendo desde o processo de redemocratização do país, evoluindo paulatinamente - inclusive em termos de apoio da sociedade - ao longo do tempo. Nesse sentido, veja-se: FILGUEIRAS, Sociedade civil e accountability societal no controle da corrupção no Brasil.

⁴⁰⁵ Nesse sentido, o artigo 7º da Lei 12.846/13 prevê que: "serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...) VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica".

⁴⁰⁶ Segundo Irene Patrícia Nohara (Governança pública e gestão de riscos) a Lei nº 13.303/2016, que previu regras sobre controle, governança e fiscalização das estatais, foi editada considerando a "necessidade de o governo dar uma resposta à Lava-Jato e aos escândalos de desvios e superfaturamentos ocorridos na Petrobras".

com vistas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção.⁴⁰⁷

Via de regra, a abordagem de integridade no contexto brasileiro veio seguindo as orientações expedidas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE): cite-se, especialmente, como parâmetros a "Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira: gerenciando riscos por uma Administração Pública mais íntegra", elaborado em 2011 e a "Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública", datado de 2017.

No primeiro documento, a OCDE, além de recomendar ao Brasil **a implementação de uma abordagem de controle interno dos órgãos públicos baseada no risco, também ressaltou que as normas de conduta deveriam ser vistas como componentes-chave para o controle interno eficaz e para o combate à corrupção**. Nesse sentido, indicou a incorporação de elevados padrões de conduta à atividade pública, como instrumentos para promover a orientação do comportamento dos agentes públicos, garantir a lisura da Administração Pública e atuar na prevenção e no combate à corrupção, além de destacar a revisão das diretrizes para as normas de controle interno no setor público (*Guidelines for Internal Control Standards for the Public Sector*) Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) com intuito de incluir o tema da gestão de ética, em razão do reconhecimento da importância de se implementar normas de conduta que contribuam para a prevenção e detecção de fraudes e de corrupção.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ Esta pesquisadora teve a oportunidade de melhor desenvolver anteriormente essa abordagem - cuja menção seguirá brevemente nos parágrafos seguintes - quando participou, em 2018, da elaboração e redigiu o primeiro Programa de Integridade da Casa Civil da Presidência da República do Brasil, instituído pela Portaria do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República nº 1276, de 29 de novembro de 2018 (publicada em 30.11.2018) - os resultados desse trabalho podem ser consultados em <<http://www.casacivil.gov.br/acesso-a-informacao/integridade/programa-de-integridade-da-casa-civil-1>>.

⁴⁰⁸ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE), Avaliações da OCDE sobre Governança Pública - Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira: gerenciando riscos por uma Administração Pública mais íntegra, p. 33 a 37. Dentre as diversas orientações constantes do documento do INTOSAI ((Guía para las normas del control interno del sector público, 2004), cita-se: (i) a utilização das atividades de gestão de risco para identificar riscos de ética emergentes enfrentados pelos agentes públicos na tomada de decisões, de forma a se esclarecer e a ressaltar a relevâncias das normas de conduta; (ii) a identificação e a publicação das informações sobre as melhores práticas, para orientar os agentes públicos na aplicação de elevados padrões de conduta; (iii) a elaboração de atividades de capacitação sobre normas de conduta que correspondam, da forma mais próxima possível, aos riscos associados às funções e ao nível administrativo dos agentes públicos, de forma a contribuir para a identificação, pelos agentes públicos, das estratégias consideradas adequadas em situações suscetíveis de violação das normas de conduta; (iv) o desenvolvimento de uma estrutura de avaliação conjunta que reúna informações sobre a orientação e o acompanhamento da implementação de padrões elevados de conduta (definida no Brasil como gestão da ética) e a aplicação das normas de conduta (definida no Brasil como correição administrativa), incluindo dados quantitativos e qualitativos; (v) a prestação de apoio aos gestores públicos na aplicação de um quadro de avaliação conjunta que permita a apreciação das normas de conduta no âmbito dos órgãos e das entidades públicas, buscando consolidar as melhorias e facilitar os processos de mensuração de resultados relevantes nos órgãos

No segundo documento, de 2017, a OCDE ressaltou especialmente a necessidade de adoção de uma nova abordagem no combate à corrupção - de fato, considerando que as abordagens tradicionais (baseadas na criação de mais regras, de conformidade mais rigorosa e de cumprimento mais rígido) vinham apresentando eficácia limitada, sugeriu-se, como resposta estratégica e sustentável, a integridade pública. A orientação, portanto se voltava, mais do que ao estabelecimento de normas ou novas diretrizes, à promoção de uma verdadeira mudança de cultura institucional, que demandava uma ação: abrangente, que levasse em consideração não apenas as atividades desenvolvidas pela Administração Pública no Poder Executivo, mas também o papel na garantia da integridade que cabe aos Poderes Legislativo e Judiciário; que ultrapassasse as fronteiras governamentais, envolvendo os indivíduos e também o setor privado; que considerasse toda a complexidade da corrupção, voltando-se não apenas aos atos de suborno, mas a todo tipo de ato corrupto, em razão de serem todos prejudiciais à sociedade; bem como a consciência de que a transparência é um dos passos necessários para implementar uma cultura de integridade, mas não é suficiente, devendo ser acompanhada de mecanismos eficazes de escrutínio e responsabilização.⁴⁰⁹

Assim, de forma geral, as diretrizes da OCDE são no seguinte sentido: (i) de que um sistema de integridade pública coerente e abrangente deve incluir compromisso (desenvolvimento dos quadros institucionais necessários e altos padrões de propriedade pessoal), responsabilidades (organizações coordenadas entre si, com atribuições bem definidas), estratégia (desenvolvida a partir da utilização dos dados e dos indicadores para avaliação e com base em riscos legítimos à integridade, indicando os objetivos e prioridades) e padrões (no sentido de que as regras e os valores do setor público se façam refletir nas leis e nas políticas organizacionais e sejam comunicados de forma efetiva); (ii) de que uma cultura de integridade pública deve englobar toda a sociedade (em um contexto de que empresas, indivíduos e atores não governamentais se engajam na manutenção da integridade porque não toleram corrupção), incluir liderança (no sentido de que aqueles que lideram no setor

públicos federais; (vi) a comunicação dos resultados das avaliações anuais no âmbito administrativo e também à população, com o intuito de contribuir para influenciar de forma positiva o papel e a capacidade dos esforços em prol da implementação de padrões elevados de conduta. Especialmente inspirado nessa diretriz, a Divisão de Assuntos Disciplinares da Procuradoria-Geral Federal, sob a chefia desta doutoranda, passou a divulgar bimestralmente, a partir de 2016, boletins informativos com as ementas dos julgados aprovados pela autoridade competente, o Procurador-Geral Federal, analisados pelos colegiados de assessoramento disciplinar em fase de admissibilidade e em fase de julgamento dos processos administrativos de natureza disciplinar em curso perante o órgão. A iniciativa, que prevalece até os dias atuais, visa, a partir da divulgação dos fatos analisados e da respectiva conclusão sobre a irregularidade ou regularidade da conduta funcional (com a devida anonimização dos dados pessoais bem como dos dados indicativos do local dos fatos, que poderiam permitir a identificação indireta dos investigados), além de conferir transparência à atividade disciplinar, indicar aos servidores sujeitos à competência disciplinar do Procurador-Geral Federal as diretrizes de conduta que se espera da carreira.

⁴⁰⁹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE), Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública.

público devem elaborar a "agenda de integridade" e a comunicar a toda organização), basear-se no mérito (o setor público deve se esforçar para empregar indivíduos qualificados e responsáveis, que têm profundo compromisso com os valores de integridade no serviço público), na capacitação (os funcionários públicos devem ter habilidades e ser constantemente treinados para aplicar os padrões de integridade) e na abertura das discussões sobre integridade (o tema deve ser aberta e livremente discutido no local de trabalho, devendo se construir um ambiente seguro para se denunciar suspeitas de violação de integridade); e (iii) de que uma real prestação de contas deve incluir a gestão de riscos (nas organizações do setor público deve existir um sistema eficaz de gestão e controle de riscos à integridade), o cumprimento do compromisso com a integridade (ou seja, os atos de corrupção e quaisquer outras violações à integridade devem ser detectados, investigados e sancionados), a fiscalização efetiva (realizada pelos órgãos de fiscalização, as agências de cumprimento regulamentar e os tribunais, na atividade de controle externo) e a participação social (uma vez que um governo transparente e aberto é aquele que permite a participação significativa de todas as partes interessadas no desenvolvimento e na implementação de políticas públicas).⁴¹⁰

Nesse sentido, como exposto, o Brasil vem atravessando um processo recente de mudanças no tratamento das questões éticas e de integridade: de uma ótica quase exclusivamente punitivista - inicialmente com conteúdo tipicamente penal⁴¹¹ e posteriormente administrativa, cível e política⁴¹², seguindo uma tendência mundial de opção por normas extrapenais⁴¹³ - busca-se alterar as diretrizes para um viés mais preventivo, focado em evitar

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ Cite-se, a título de exemplo: (i) o Código Penal - Decreto nº 2.848/40; (ii) a Lei nº 1.079/50, que trata dos crimes de responsabilidade; (iii) a Lei nº 3.164/57 e a Lei nº 3.502/58, que dispunham sobre o perdimento, em favor da Fazenda Pública, dos bens adquiridos pelo servidor público em razão de abuso de atribuições do cargo ou função pública (ambas expressamente revogadas pela Lei de Improbidade Administrativa - Lei nº 8.429/92).

⁴¹² Cite-se, a título de exemplo: (i) a Lei nº 4.717/65, que trata da ação popular e (ii) a Lei nº 8.429/92, a Lei de Improbidade Administrativa.

⁴¹³ Vinícius Marins (Compliance: Leis e Práticas. Curso de Aperfeiçoamento - N Escola de Gestão. Brasília-DF, 2019) cita as possíveis razões para esse movimento (muito ligadas, segundo o autor, à possibilidade de se alcançar, ao mesmo tempo, tanto o agente corruptor, quanto a pessoa jurídica e seu patrimônio): (i) tendência à redução do Direito Penal (Direito Penal Mínimo); (ii) inadequação das penas restritivas de liberdade para alcançar os resultados almejados de diminuição da corrupção; (iii) possibilidade de estabelecimento de sanções mais adequadas às pessoas jurídicas; (iv) possibilidade de previsão de sanções mais adequadas a determinados tipos de ilícitos; (v) viabilidade de previsão de sanções compatíveis com a responsabilização objetiva; (vi) integração maior de sanções com caráter patrimonial, como multas e perdimento dos bens obtidos, além de sanções restritivas de atividades ou de outros direitos, como suspensão de funcionamento da pessoa jurídica, interdição parcial, proibição de licitar, de contratar, de fabricar o produto etc.; (vii) capacidade de previsão de medidas de intervenção em relacionamentos contínuos entre a pessoa jurídica e a Administração Pública, impedindo sua repetição (como os casos de suspensão e de declaração de inidoneidade); (viii) o fato de comportar um sistema de atenuantes com viés preventivo, o que constitui um estímulo aos programas de compliance; (ix) a possibilidade de constarem de leis específicas, ajustando-se

o ato danoso e o próprio dano, e em modificar a cultura institucional. Assim, os programas de integridade, entende-se, consistem em uma nova face das atividades de controle estatal, com enfoque especialmente preventivo e diretriz de mudança da percepção e da postura organizacional, institucional.

Ou seja, a ideia principal que serve de baldrame aos programas de integridade públicos não é simplesmente de "proteger" o ente dos nefastos efeitos que os atos de fraude e corrupção podem causar - mais que isso, o que se busca é uma verdadeira mudança da cultura institucional, um efetivo comprometimento do órgão ou do ente público com a prevenção e o combate à corrupção, com o fortalecimento da governança pública, com a transparência da gestão, com o incentivo à participação social e com o controle das políticas públicas. Dessa forma, é essencial sempre se ressaltar a responsabilidade de cada agente público que atua junto ao órgão ou ente na criação e na manutenção deste ambiente institucional íntegro e, por consequência, no cumprimento do plano de integridade pública de seu órgão, devendo dar bons exemplos com suas condutas (pessoais e profissionais), eximindo-se de praticar atos incompatíveis com a moralidade pública e denunciando as situações que possam configurar atos de fraude, de corrupção ou desvios éticos.⁴¹⁴ Nesse sentido, veja-se que a ideia por detrás de toda essa mudança é, principalmente, evoluir o ente para não apenas fazer o que a lei determina, mas para fazer o certo porque é certo⁴¹⁵ - ou seja, trata-se de uma atuação estatal que, em diversos pontos, se volta à conformação ou à modelagem da **conduta dos servidores** (de todos os agentes públicos, na verdade) buscando a sua correção, regularidade, licitude, ética e probidade.

melhor à grande diversidade de áreas e de tipos; e (x) a possibilidade de se valer de "tipos" mais abertos para descrição das condutas irregulares.

⁴¹⁴ Como já exposto, esta doutoranda teve oportunidade de deixar expressas essas ideias no texto do Programa de Integridade da Casa Civil da Presidência da República do Brasil, elaborado no segundo semestre de 2018 (escrito com apoio da então Assessora de Compliance da Casa Civil, Carla Baksys Pinto, e contribuição das áreas abrangidas), conforme pode ser conferido em <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/aceso-a-informacao/programa-de-integridade-da-casa-civil/programa-de-integridade-da-casa-civil-1/view>> p. 8.

⁴¹⁵ A título ilustrativo, cite-se que o Ministério da Justiça e Segurança Pública do governo federal brasileiro instituiu uma campanha entre seus servidores denominada "Faça a coisa certa", contendo 10 diretrizes do órgão (disponível em <<https://www.justica.gov.br/videos/faca-a-coisa-certa>> acesso em 29 dez 2019), quais sejam: "(1) Todos nós somos responsáveis pela integridade, reputação e imagem do Ministério; (2) O combate à impunidade é nosso dever; (3) A transparência é nossa regra, sigilo é exceção; (4) O poder público não é um negócio de família; (5) Respeite o colega de trabalho. Trate todos com urbanidade; (6) O interesse público deve sempre prevalecer. (7) Nós não devemos receber presentes ou qualquer outra vantagem pessoal. (8) Se tiver que escolher entre o fácil e o certo, opte pelo certo. (9) A sociedade quer ação do agente público, nunca acomodação; (10) Participe da gestão do Ministério. A Ouvidoria é o nosso canal. Faça a coisa certa, pelos motivos certos, do jeito certo. Mãos à obra."

Para os programas de integridade públicos⁴¹⁶ a serem implantados na esfera federal brasileira, o artigo 19 do já citado Decreto nº 9.203/17⁴¹⁷ prevê quatro grandes pilares⁴¹⁸: (i) o suporte da alta administração, (ii) a existência de uma unidade responsável pela implementação do programa de integridade, (iii) a avaliação de riscos e (iv) as medidas de monitoramento.

O primeiro pilar é o **suporte da alta administração ou *tone at the top* (i)**. Esse é o pilar inicial de um programa de integridade, que envolve, além do efetivo comprometimento dos órgãos de cúpula⁴¹⁹ (o qual deve ser comunicado para todos os servidores e

⁴¹⁶ Sobre a nomenclatura que será adotada neste estudo - apenas para fins de delimitação quanto ao objeto do que se está tratando - será utilizada a expressão "programa de integridade" (ou apenas "integridade") para se referir aos programas e políticas implementados na seara pública e a expressão "programa de compliance" (ou apenas "compliance") para tratar dos programas e políticas que, no mesmo sentido, são implementados pelas pessoas jurídicas privadas (muito embora, na prática, é sabido, a expressão compliance, via de regra, seja utilizada com sentido mais amplo). Tanto no mundo corporativo privado quanto no espaço público, a ideia de estar em compliance (termo que advém do verbo inglês *to comply*) ou de estar de acordo com a integridade ultrapassa a situação de se estar em simples conformidade com o regramento positivado, abrangendo as ideias de prevenir, detectar e remediar atos de fraude e corrupção que possam ser praticados por qualquer membro ou colaborador e a busca por uma mudança cultural quanto à ética, à probidade, à transparência, de forma a se promover uma verdadeira alteração no ambiente institucional, exigindo de todos os envolvidos uma postura mais vigilante e mais diligente. Sobre a diferenciação entre os termos integridade e compliance, veja-se: MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de A., **Implementando a gestão de riscos no setor público**, Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 30 a 33. Cite-se, além disso, a utilização dos referidos termos no sentido aqui proposto: (i) trecho do Guia do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE sobre *compliance* (**Guia programas de compliance - orientações sobre estruturação e benefícios da adoção de programas de compliance concorrencial**, Brasília, 2016, p. 9): "*Compliance* é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores. Por meio dos programas de *compliance*, os agentes reforçam seu compromisso com os valores e objetivos ali explicitados, primordialmente com o cumprimento da legislação. Esse objetivo é bastante ambicioso e por isso mesmo ele requer não apenas a elaboração de uma série de procedimentos, mas também (e principalmente) uma mudança na cultura corporativa. O programa de *compliance* terá resultados positivos quando conseguir incutir nos colaboradores a importância em fazer a coisa certa."; e (ii) trecho da Recomendação do Conselho da OCDE sobre integridade pública: "Integridade pública refere-se ao alinhamento consistente e à adesão de valores, princípios e normas éticas comuns para sustentar e priorizar o interesse público sobre os interesses privados no setor público."

⁴¹⁷ *Verbis*: "artigo 19. Os órgãos e as entidades da administração direta, autárquica e fundacional instituirão programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção, estruturado nos seguintes eixos:

I - comprometimento e apoio da alta administração;
II - existência de unidade responsável pela implementação no órgão ou na entidade;
III - análise, avaliação e gestão dos riscos associados ao tema da integridade; e
IV - monitoramento contínuo dos atributos do programa de integridade."

⁴¹⁸ Que, ao fim, muito se assemelham (embora estejam em versão mais resumida) aos pilares instituídos pelo artigo 42 do Decreto nº 8.420, de 28 de março de 2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

⁴¹⁹ Na área privada, geralmente, a alta administração é entendida como os *C-level* (CEO, CFO etc). Na área pública, como os órgãos responsáveis pelas mais altas instâncias de decisão - daí se dizer também órgãos de cúpula. Com efeito, são os órgãos da cúpula que, via de regra, têm a responsabilidade de indicar os caminhos que serão seguidos e quais recursos serão disponibilizados

colaboradores, de forma a deixar claro o valor daquelas diretrizes para o ente), também a disponibilização de recursos financeiros e humanos para a implementação do programa.⁴²⁰ Em suma, é a alta administração a responsável por garantir que o programa de integridade terá o tripé mínimo de sustentação - recursos, autonomia e independência - e adequado aos riscos a que o ente se submete. Além disso, a alta administração deve estar totalmente alinhada com os objetivos de integridade em sua atuação, devendo, por exemplo, guiar suas decisões em observância aos padrões éticos e aos valores institucionais que prega, considerar as diretrizes e os objetivos de integridade ao definir as metas a serem cumpridas pelas suas equipes, comunicar os valores da organização e difundir a cultura de integridade em suas falas de forma habitual, ressaltando de forma ostensiva a importância do programa de integridade, dos valores e das políticas que o compõem; incluir a verificação da efetividade das atividades voltadas à promoção da integridade, sua supervisão e acompanhamento, como pauta permanente (incentivando que seja incluído também pelas lideranças das equipes); promover e participar dos treinamentos, palestras e *workshops* sobre o tema, fomentando a cultura do bom exemplo; incentivar a cultura de transparência e facilitar o acesso aos canais de denúncia (especialmente no ambiente interno, buscando alterar a visão cultural negativa sobre aquele que denuncia as irregularidades, que deve passar a ser visto

para o atendimento dos objetivos do ente - daí a importância de estarem comprometidos com a efetividade do programa de integridade.

⁴²⁰ Alguns guias internacionais e nacionais sobre compliance descrevem o que se espera do suporte da alta administração: (i) o *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*, da OCDE (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE), **Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance**, 2009), indica que o apoio e o comprometimento da alta administração deve ser forte, explícito e visível (letra A, item 1); (ii) o *FCPA Guide* (DEPARTMENT OF JUSTICE USA, **FCPA: a resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**, 2014, p. 57) prevê que, ao adotar uma cultura de integridade e ética, os altos gestores incentivam aqueles que lhes são diretamente subordinados a fazerem o mesmo e assim sucessivamente, de forma a se encorajar que toda a estrutura organizacional se esforce para atingir esses padrões; cabendo, pois, à alta administração articular claramente os padrões da empresa, comunicá-los em termos inequívocos, aderir a eles indubitavelmente e disseminá-los por toda a organização; (iii) da mesma forma, o *UKBA Guide* (MINISTRY OF JUSTICE UK, **The Bribery Act 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing**, 2011, p. 23) destaca que a alta administração deve promover uma inequívoca comunicação da postura anticorrupção da organização e desenvolver procedimentos efetivos de prevenção a atos de fraude e corrupção (Principle 2. Top-level commitment); (iv) o Guia de Integridade Pública da CGU (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, **Guia de integridade pública - Orientações para a administração pública federal: direta, autárquica e fundacional**, Brasília, 2015, p. 23) prevê que as ações da alta administração servem de modelo para todo o corpo funcional, razão pela qual ela deve atuar como a principal responsável pela promoção da cultura ética e pela integridade da organização; (v) o Guia dos Programas de Compliance do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, **Guia programas de compliance - orientações sobre estruturação e benefícios da adoção de programas de compliance concorrencial**, Brasília, 2016, p. 16) , no mesmo sentido, afirma que o envolvimento da alta administração é essencial para inserir o compliance na cultura corporativa, devendo ser incluído na agenda fixa da organização como uma de suas prioridades estratégicas, para que se transmita a sua relevância a todos os colaboradores, seja assegurada a sua inclusão no orçamento e monitorada a sua evolução

como alguém que não compactua com elas e não como alguém desleal com os colegas e, por óbvio, afastando a possibilidade de retaliação ao denunciante); e garantir que se mantenha a coerência, no sentido de efetivamente sancionar as condutas que destoem das diretrizes de integridade e dos valores da organização.

O segundo pilar é a existência de uma **unidade responsável pela implementação do programa de integridade (ii)**. Esse pilar pode ser entendido como um desdobramento do primeiro, já que é a alta administração que deve garantir a existência desta instância interna, com a autonomia, independência e alocação de recursos necessários para o desenvolvimento de suas atividades. Via de regra, esta unidade (denominada unidade de gestão de integridade - UGI) deve se reportar diretamente à alta administração e atuar de forma ativa na organização, ou seja, a definição de diretrizes e de estratégias de atuação do órgão deve envolver a área de integridade, já que os apontamentos daí advindos têm a capacidade de influenciar diretamente as decisões que serão tomadas.

O próximo pilar é a **avaliação de riscos ou *compliance risk assessment*⁴²¹ (iii)**, reconhecendo-se, assim, que o mapeamento e a gestão dos riscos de integridade são essenciais para a efetividade do programa. Nesse contexto, o termo *risco* se refere à proximidade ou à contingência de um possível dano, especialmente ligado ao não atingimento dos objetivos do ente ou órgão⁴²². Assim, deve ser realizado um processo de gestão de

⁴²¹ Vale destacar que a avaliação de riscos (ou *risk assessment*) é citada como essencial nos programas de *compliance* tanto pelo FCPA Guide (DEPARTMENT OF JUSTICE USA, **FCPA: a resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**, p. 58 e 59), segundo o qual, dentre as principais características de um programa de compliance deve estar a avaliação de riscos, quanto pelo UKBA Guide (MINISTRY OF JUSTICE UK, **The Bribery Act 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing**, p. 25 e 26), que menciona a análise de riscos como terceiro de seis princípios essenciais que devem ser observados na construção de estratégias para prevenção da corrupção, prevendo a necessidade de se mapear a natureza e a extensão da exposição a riscos bem como a realização de reavaliação periódica dos riscos, e pelo Decreto que regulamenta Lei Anticorrupção brasileira - Lei nº 12.846/13 (Decreto nº 8.420/2015), que em seu artigo 42, inciso V prevê que um dos pontos de avaliação dos programas de integridade das empresas será a "análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade".

⁴²² Nesse sentido, veja-se algumas das definições de riscos mais aceitas: (i) o Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO) (**Gerenciamento de Riscos na Empresa – Estrutura Integrada: Sumário Executivo e Estrutura e Gerenciamento de Riscos na Empresa**, Jersey City, 2007, p. 4) define risco como possibilidade da ocorrência de um evento capaz de afetar negativamente a realização dos objetivos da organização, diferenciando-o de oportunidade: "Os eventos podem gerar impacto tanto negativo quanto positivo ou ambos. Os que geram impacto negativo representam riscos que podem impedir a criação de valor ou mesmo destruir o valor existente. Os de impacto positivo podem contrabalançar os de impacto negativo ou podem representar oportunidades, que por sua vez representam a possibilidade de um evento ocorrer e influenciar favoravelmente a realização dos objetivos, apoiando a criação ou a preservação de valor" (ou seja, para o COSO, os riscos são eventos com impacto negativo, que podem impedir ou dificultar a criação de valor ou erodir um valor já existente, enquanto as oportunidades são eventos com impacto positivo); (ii) a ISO 31000 (ABNT NBR ISO 31000) define, em seu item 3, risco como efeito da incerteza nos objetivos (sendo que a norma considera um efeito como um desvio em relação ao esperado, o qual pode ser positivo, negativo ou ambos, e pode abordar, criar ou resultar em oportunidades e ameaças; e considera que os objetivos podem possuir diferentes aspectos e categorias, e podem ser aplicados

riscos⁴²³, conduzido com o objetivo tanto de identificar eventos em potencial que são capazes de afetar a organização quanto de administrar esses riscos, de forma a mantê-los compatíveis

em diferentes níveis), dispondo ainda que o risco normalmente é expresso em termos de fontes de risco, eventos potenciais, suas consequências e suas probabilidades e que a gestão de riscos envolve atividades coordenadas para dirigir e controlar uma organização no que se refere a riscos; e (iii) o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC (**Gerenciamento de riscos corporativos: evolução em governança e estratégia**, São Paulo: IBGC, 2017, p. 11 e 12) destaca que, no mundo corporativo, a ideia de riscos vai além do usual entendimento quanto à possibilidade de algo não dar certo - envolve a quantificação e a qualificação da incerteza, tanto no que diz respeito às perdas quanto aos ganhos por indivíduos ou organizações, sendo inerente a qualquer atividade, razão pela qual sua administração mostra-se como um elemento chave para a sobrevivência de qualquer entidade (e, nesse sentido, conceitua o risco como um evento futuro identificado, ao qual é possível associar uma distribuição de probabilidades de ocorrência, e a incerteza como eventos futuros que, no momento da análise, não poderão sequer ser identificados, muito menos quantificados). Destaque-se que, no âmbito normativo brasileiro, na Instrução Normativa conjunta da Controladoria-Geral da União e do Ministério do Planejamento nº 01, de 10 de maio de 2016, há a definição de risco como "possibilidade de ocorrência de um evento que venha a ter impacto no cumprimento dos objetivos", sendo medido em termos de impacto e de probabilidade (artigo 2º, XIII); e de gerenciamento de riscos no seguinte sentido: "processo para identificar, avaliar, administrar e controlar potenciais eventos ou situações, para fornecer razoável certeza quanto ao alcance dos objetivos da organização" (artigo 2º, VII).

⁴²³ De forma geral, a avaliação de riscos envolve as seguintes etapas: (i) o mapeamento e o desenho dos processos de trabalho específicos do ente (ao menos os principais ou os que envolvem mais riscos à integridade); (ii) a indicação de indivíduos que sirvam de referência em cada área de atuação, para apoiar a equipe de integridade no reconhecimento dos riscos referentes a fraude, corrupção e condutas antiéticas a que estão submetidos de forma mais habitual em seus processos de trabalho bem como na identificação da estratégia e de quais são as medidas mais apropriadas para lidar com esses riscos à integridade; (iii) a correspondência entre os riscos indicados com as etapas dos processos de trabalho mapeados; (iv) a análise do "apetite a risco" do ente - ou seja, o quanto aquele ente pode e deve se expor a tais riscos -, referente a cada área específica (ou a cada processo de trabalho específico) bem como a estratégia a ser adotada, quais sejam, assunção, transferência, mitigação ou eliminação do risco; (v) a categorização desses riscos quanto à sua gravidade (especialmente a partir da análise de seu impacto no processo de trabalho e a probabilidade de sua ocorrência), de forma a se apontar quais devem ser tratados de forma prioritária; (vi) a indicação das medidas de tratamento a serem adotadas de acordo com a estratégia escolhida, para cada um dos riscos identificados (englobando inclusive a necessidade de revisão de processos e de criação de novos procedimentos, de instituição de novas políticas, de publicação de normativos etc); (vii) o apontamento dos responsáveis por colocar em prática essas medidas; (viii) as formas de controle e monitoramento, pela equipe de integridade, tanto da implementação das medidas propostas quanto da eficácia dessas medidas no tratamento de riscos proposto (ou seja, a verificação se os riscos foram efetivamente minorados ou mitigados naquele processo de trabalho a partir da implantação das medidas de tratamento de risco propostas); (ix) a documentação de todo esse processo, para se garantir tanto que se conheça o caminho adotado para aquela análise quanto para se deixar um legado para o ente ou órgão, de forma que aquelas práticas permaneçam e sejam aprimoradas. De posse de todos os dados coletados nesse processo, geralmente elabora-se um relatório de avaliação de riscos, com a indicação dos pontos mais sensíveis e que devem despertar maior atenção (*red flags*) bem como das medidas recomendadas para o tratamento desses riscos, preparando-se, também, uma matriz de riscos que conterá um resumo de todos os achados: risco, classificação do risco, medida de mitigação, responsável, prazo para implementação. É a partir desse trabalho que a equipe de integridade, junto com a alta administração, traçará um plano de ação norteador da sua atuação, que será específica de acordo com os riscos identificados (por isso se diz que não existe um plano de integridade que possa ser aplicado de forma geral para todas as instituições - cada plano é singular, pois deve ser elaborado a partir da realidade concreta, dos riscos apurados, das medidas possíveis e do apetite a risco do órgão ou ente ao qual se aplica). Nesse sentido, o FCPA Guide (**FCPA: a resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**, 2014, p. 58) prevê expressamente que programas de conformidade gerais, aplicáveis a qualquer organização, são geralmente mal concebidos e ineficazes, pois acabam não sendo focados nos riscos que necessitam de tratamento efetivo ("One-size-fits-all compliance programs are generally ill-conceived and ineffective because resources inevitably are spread too thin, with too much focus on low-risk markets and transactions to the detriment of high-risk areas"). No

com o "apetite a risco"⁴²⁴ daquele ente e possibilitar uma garantia razoável do cumprimento dos seus objetivos. Noutras palavras, o *compliance risk assessment* visa identificar os riscos de *compliance* (de integridade) a que a organização está exposta, reconhecer os fatores de risco existentes (ou seja, os eventos que podem levar à materialização de um risco), seu impacto potencial na organização e a probabilidade de sua materialização⁴²⁵, além de buscar detectar as medidas mitigatórias já existentes e quais devem ser aprimoradas ou adicionadas (ou, quiçá, suprimidas⁴²⁶) e traçar um plano para a implantação desses ajustes (elegendo as estratégias que deverão ser adotadas com relação a cada risco: aceitar?, transferir? eliminar/evitar?, reduzir/mitigar?) que englobe, inclusive, a forma de monitoramento de sua implementação pela unidade de gestão de integridade⁴²⁷. No caso dos programas de integridade públicos, ressalte-se, os riscos que devem ser mapeados e tratados referem-se às vulnerabilidades que podem favorecer ou facilitar a ocorrência de corrupção, fraude,

mesmo caminho, Bruno Pires Bandarovsky (**Compliance risk assessment em 8 passos**, São Paulo: Legal Ethics Compliance (LEC), 2017) destaca que ainda que duas organizações sejam bastante parecidas, ao conhecê-las melhor é possível identificar uma multiplicidade de fatores que as tornam inigualáveis, como diferentes culturas organizacionais, estruturas, líderes, processos operacionais, de forma que "duas organizações muito semelhantes até poderiam ter Programas de Integridade semelhantes, contudo jamais seriam idênticos ou cegamente replicados." Ademais, é necessário destacar que a avaliação de riscos deve ser feita de forma regular e periódica, pois com o passar do tempo, a mudança da realidade (social, cultural, econômica política etc) em que está inserido e até mesmo em virtude das medidas de tratamento de riscos aplicadas anteriormente, os riscos a que o ente ou órgão estão submetidos podem mudar, devendo, portanto, ser objeto de constante atenção para se garantir que as medidas de tratamento e de controle não fiquem obsoletas.

⁴²⁴ Rodrigo Fontenelle Miranda (**Implementando a gestão de riscos no setor público**, p. 110 a 112) analisa a expressão "apetite a risco" - segundo o autor, determinar o apetite ao risco de uma organização a ajudará a precisar a quantidade de riscos com a qual ela está disposta a "conviver" e o quanto de risco ela precisa gerenciar (ou seja, permite à organização verificar o quanto ela está disposta a assumir riscos para inovar na busca de seus objetivos). Alerta, no entanto, para a diferença entre o conceito de apetite ao risco e o de tolerância ao risco: (i) o apetite ao risco diz respeito aos tipos e quantidades de riscos, em um sentido mais amplo, que uma organização está disposta a aceitar para buscar agregar valor - faz parte, pois, de uma análise *ex ante*; (ii) a tolerância a riscos se liga à variação admissível em desempenho, referindo-se ao nível aceitável de variabilidade na realização das metas e dos objetivos definidos (atividade mais ligada ao monitoramento, portanto, *ex post*), ou, noutras palavras, refere-se à disposição da organização em suportar o risco, após seu tratamento, a fim de atingir os objetivos institucionais (sendo que esta disposição pode ser influenciada por requisitos legais ou regulatórios), ou ainda, à aceitação dos resultados de um risco caso eles ocorram e à existência de recursos e controle adequados para absorver ou "tolerar" esse risco.

⁴²⁵ Esses são os aspectos que envolvem a ideia do "tamanho do risco", que depende, pois, da chance de ele ocorrer (da probabilidade de ele se materializar) e do prejuízo ou dano causado (ou seja, do impacto da materialização daquele risco na organização). Normalmente, para se calcular a gravidade ou "tamanho do risco", utiliza-se uma matriz de riscos que relaciona esses dois aspectos: probabilidade x impacto.

⁴²⁶ Pode acontecer, por exemplo, de o risco ter um impacto tão baixo, que torne, em uma análise de custo e eficácia das medidas de tratamento, a melhor saída seja aceitá-los e lidar com os resultados.

⁴²⁷ Daí que a elaboração de um processo de gestão de riscos efetivo demanda que os responsáveis por ele conheçam bem o órgão ou o ente e o seus processos de trabalho, para que seja possível identificar suas vulnerabilidades, reconhecer os riscos cujos tratamentos deverão ser priorizados e, por fim, ser capaz de adotar as melhores medidas para lidar com esses riscos, de acordo com a estratégia estabelecida.

irregularidades e/ou desvios éticos e de conduta, e, assim, comprometer os objetivos da instituição.⁴²⁸

A avaliação de riscos é, pois, o que norteia a equipe de integridade em sua atuação, especialmente na construção dos instrumentos que busquem prevenir que as ilicitudes ocorram (ou ao menos dificultar a ocorrência delas) e também na implementação das melhores medidas para detecção destes episódios de irregularidades e na garantia de que a resposta a essas distorções de padrão de conduta ocorra de forma adequada.⁴²⁹

Por fim, o último pilar dos programas de integridade públicos, indicado no Decreto nº 9.203/2017, é o **monitoramento contínuo dos atributos do programa de integridade (iv)**. De fato, todos os atributos do programa de integridade devem ser periódica e continuamente avaliados tanto pela equipe da unidade de integridade quanto pela alta administração do órgão ou ente. É necessário se verificar de forma regular, por exemplo, se os instrumentos normativos internos estão atualizados e se estão de acordo com a atual fase de integridade da organização, se a equipe destacada para a unidade de integridade bem como os recursos que lhe foram alocados são suficientes para garantir sua atuação eficaz e eficiente, se a unidade de integridade vem demonstrando os resultados que se espera, se as unidades do órgão estão aderindo ao programa efetivamente ou se é necessário modificar a postura adotada pela alta administração para uma atuação mais assertiva ou ainda se está na hora de se promover novos treinamentos e capacitações sobre o tema buscando maior adesão e engajamento de todos os colaboradores etc.⁴³⁰.

⁴²⁸ Essa é a definição de risco para integridade contida na Portaria CGU nº 57, de 04 de janeiro de 2019.

⁴²⁹ BANDAROVSKY, **Compliance risk assessment em 8 passos**. Segundo o autor, um processo de gestão de riscos bem planejado e bem executado provê à equipe de integridade uma ferramenta de trabalho poderosa, voltada para o aprimoramento do programa em todos os seus pilares, permitindo "a adoção de uma estratégia de evolução consistente, em vez de basear-se apenas na sensibilidade e experiência dos profissionais da área". Ou seja, a partir do processo de gestão de riscos é possível, por exemplo: (i) criticar a eficácia, a adequação e a atualidade do arcabouço normativo de integridade aplicável ao ente (ex. códigos de conduta, políticas, procedimentos etc) e indicar a necessidade de revisão desses instrumentos; (ii) ajustar os controles internos para a mitigação ou eliminação dos riscos, suprimir os controles ineficazes ou os que não mais correspondem à estratégia de gestão de riscos (inclusive em razão da análise do custo do controle versus custo do evento negativo se concretizar); (iii) identificar a necessidade de fortalecer a comunicação interna ou as sessões de treinamento de pessoal em determinados aspectos da matéria de integridade; (iv) propor modificações em processos operacionais; (v) propor a alteração das estratégias que vêm sendo utilizadas pela organização, a depender da gravidade dos riscos aos quais está se submetendo; (vi) ajustar o tom adotado pela liderança.

⁴³⁰ É necessário ter em mente que o programa de integridade não será implementado pela equipe de integridade - cada área, em seu processo de trabalho, é que será responsável por efetivar as medidas propostas, promover as mudanças operacionais e mesmo culturais necessárias; por essa razão, é tão importante se monitorar frequentemente todos os aspectos do programa, para se garantir que ele não seja apenas um programa de papel, mas sim um programa efetivo, que impacta de forma positiva na realidade da organização.

Cabe ainda ressaltar que, no Brasil, a entidade responsável pela orientação, condução e estabelecimento de diretrizes para a implantação dos programas de integridade no âmbito do Poder Executivo Federal é a Controladoria-Geral da União (CGU), nos termos do artigo 20-A da mesma norma. Para cumprir esse mister, o órgão mantém intensa praxe de publicações orientativas (não apenas de natureza normativa, mas também diversos manuais de procedimentos) tanto para a área pública quanto para as empresas privadas⁴³¹. Em especial, importa analisar o texto da Portaria CGU nº 1.089/2018, para verificar a sua compatibilidade com a nova leitura de controle interno voltado para a integridade proposta neste estudo.

De fato, ainda em 2018, poucos meses após o início da vigência do Decreto nº 9.203/17, a CGU editou a Portaria nº 1.089, de 25 de abril de 2018, com orientações para que os órgãos e entidades da administração pública federal adotassem os procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade. De forma resumida, as orientações referentes ao programa constantes do referido normativo foram: (i) o Programa de Integridade que seria instituído pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal deveria demonstrar o comprometimento da alta administração (refletido em elevados padrões de gestão, ética e conduta e em estratégias e ações para disseminação da cultura da integridade no ambiente institucional) e ser compatível com a natureza, porte, complexidade, estrutura e área de atuação do órgão ou entidade (artigo 3º); (ii) o programa de integridade deveria ser estruturado por meio de planos indicativos das medidas a serem adotadas, os quais seriam revisados periodicamente (artigo 3º, § 2º); (iii) na primeira fase de instituição dos programas de integridade, os órgãos e entidades deveriam constituir uma unidade gestora de integridade (UGI), responsável por coordenar a estruturação, a execução e o monitoramento do referido programa, por orientar e treinar os servidores sobre os temas referentes ao programa e por promover as demais ações relacionadas à implementação dos planos de integridade em conjunto com as demais unidades do órgão ou da unidade (artigo 4º); (iv) na fase seguinte, os órgãos e entidades deveriam aprovar seus planos de integridade, que trariam os objetivos do plano, a caracterização geral do órgão ou da entidade, o levantamento dos principais riscos para a integridade⁴³² e as

⁴³¹ A Controladoria-Geral da União (CGU) mantém em seu site oficial, no menu de publicações, no espaço "Ética e Integridade", um espaço denominado "Coleção Programa de Integridade, no qual estão os diversos Guias e Manuais elaborados pelo órgão sobre o tema - disponível em <<https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/colecao-programa-de-integridade>> Acesso 26 set 2019.

⁴³² A Portaria CGU nº 1.089/18 definia riscos para a integridade como "riscos que configurem ações ou omissões que possam favorecer a ocorrência de fraudes ou atos de corrupção"; no entanto, alguns meses depois, foi editada a Portaria CGU nº 57, de 04 de janeiro de 2019, que, alterando a Portaria nº 1.089/2018 trouxe um conceito mais abrangente para risco para a integridade: "vulnerabilidade que pode favorecer ou facilitar a ocorrência de práticas de corrupção, fraudes, irregularidades e/ou desvios éticos e de conduta, podendo comprometer os objetivos da instituição".

medidas para seu tratamento e as ações para estabelecimento das unidades consideradas como integrantes do sistema de integridade do órgão ou entidade, quais sejam: (a) unidade competente para promoção da ética e das regras de conduta para os servidores; (b) unidade com atribuição para promoção da transparência ativa e do acesso à informação; (c) unidade com incumbência para tratamento de conflitos de interesses⁴³³ e de nepotismo; (d) unidade com a função de dar tratamento às denúncias; (e) unidade de verificação do funcionamento dos controles internos e do cumprimento de recomendações de auditoria; (f) unidade de implementação de procedimentos de responsabilização (artigo 5º e 6º); (v) na terceira fase, os órgãos e entidades deveriam iniciar a execução e o monitoramento do seu programa de integridade, com fundamento nas metas estabelecidas em seus planos de integridade (artigo 7º).⁴³⁴

Há que se notar, portanto, que a proposta de estruturas apresentada na Portaria CGU nº 1.089/18 como formadoras do sistema de integridade dos órgãos ou entidades (item iv, *supra*) em muito se assemelha à noção de controle interno em sentido estrito exposta acima, cabendo acrescentar àquele rol apenas a unidade de gestão de integridade (UGI). De fato, veja-se as correspondências:

<i>Controle interno em sentido estrito (conceito amplo)</i>	<i>Sistema de Integridade previsto na Portaria GCU nº 1.089/2003</i>
- Controle hierárquico / autocontrole / pareceres vinculantes	- unidade de verificação do funcionamento dos controles internos e do cumprimento de recomendações de auditoria
- Controle disciplinar ou correccional,	- unidade com a função de dar tratamento às denúncias; - unidade com incumbência para tratamento de conflitos de interesses e de nepotismo; - unidade de implementação de procedimentos de responsabilização;
- Controle ético	- unidade competente para promoção da ética e das regras de conduta para os servidores;

⁴³³ Como lembram Vanuza da Silva Figueiredo e Waldir Jorge Ladeira dos Santos (Transparência e controle social na administração pública), as questões referentes à relação de conflito de interesses entre aqueles que delegam a administração de suas organizações (sociedade civil) e aqueles que recebem esta delegação e promovem essa administração (gestores públicos) são denominadas de conflitos na relação entre principal e agente. Buscando evitar os problemas dessa relação entre agente e principal, a governança propõe a adoção de medidas de transparência e *accountability* como práticas que facilitam o controle e o acompanhamento da Administração.

⁴³⁴ Vale destacar que a Portaria CGU nº 1.089/2018 estabelecia o prazo máximo de 30 de novembro de 2018 para que os órgãos e entidades aprovassem seus planos de integridade (no entanto, posteriormente foi editada a Portaria CGU nº 57, de 4 de janeiro de 2019 que, repetindo, no geral, as demais regras da portaria anterior, alterou para 29 de março de 2019 o prazo máximo de aprovação dos planos de integridade).

	- unidade com incumbência para tratamento de conflitos de interesses e de nepotismo; - unidade de implementação de procedimentos de responsabilização.
- Ouvidoria	- unidade com a função de dar tratamento às denúncias

Dessa forma, propõe-se que, doravante, ao se tratar desse tipo de controle interno, passe-se a denominá-lo de "controle interno voltado à integridade pública", para designar essa ideia de controle interno em sentido estrito que tenha amplitude e seja conglobante, com enfoque na atuação administrativa ética e proba.

De fato, ao que parece, não se pode negar que essa nova realidade de promoção da integridade pública como uma política institucional traz, como já exposto, uma forma diferente de se encarar o controle estatal realizado pela Administração Pública sobre seus próprios atos e atividades - se, como já demonstrado, esse controle em seu nascedouro muito se preocupava com a fiscalização da legalidade e das contas públicas, passando, em seguida, a cuidar da gestão pública, sua eficiência e sua eficácia, ao que parece mais modernamente agregou o viés - que ilumina todos os demais - da efetiva eticidade, moralidade, enfim, o viés da integridade pública. Por essa razão, repise-se, considerando essa nova forma de enxergar o controle administrativo, é que se adota, neste estudo, um conceito de controle interno em sentido estrito que engloba todas as estruturas promotoras de integridade dos órgãos ou entidades, uma vez que, entende-se, a mais moderna ideia de controle administrativo é a do controle voltado à integridade pública.

Dito isso, e considerando, pois, que o objeto de análise deste estudo é o controle interno em sentido estrito voltado à integridade pública, passa-se, agora sim, ao recorte temático proposto dentro deste tema específico.

2.5. Razão de ordem e recorte temático

Como se expôs na introdução deste estudo - e como indica o próprio título da tese -, o problema que se pretende enfrentar, quanto à atividade de controle interno do Estado, pode ser assim delimitado: quais os limites desta atividade estatal, considerada como um importante instrumento para prevenir e combater que os próprios servidores públicos tomem parte de atos ilícitos, irregulares de fraude, de corrupção, contrários à ética ou à probidade?

Daí que se propõe nesse estudo uma análise dos instrumentos de controle da atuação dos servidores, isto é, dos mecanismos que possam ser utilizados para direcionar e eventualmente investigar e sancionar a conduta dos servidores públicos. Busca-se, pois,

verificar quais as posturas podem ser adotadas, como estimular as condutas consideradas mais salutares para o serviço público, mais corretas, probas e éticas até onde se pode avançar para investigar os desvios e faltas. Há que se ter em mente que os servidores, muito embora estejam inseridos em uma relação de muita proximidade com o Estado, mantêm todos os seus direitos fundamentais (os quais, no entanto, como se demonstrará, podem possuir âmbito de proteção efetivo diferenciado). Daí que os instrumentos a serem utilizados pelo Estado tanto para incentivar ou encorajar a adoção de condutas éticas e probas quanto para prevenir ou reprimir condutas irregulares devem estar em perfeita consonância com o âmbito de proteção desses direitos fundamentais.

De fato, como será mais bem desenvolvido na próxima parte do estudo, os servidores públicos mantêm com o Estado uma relação de muita proximidade por estarem inseridos em uma *relação especial de sujeição*. Como consequência, o âmbito de proteção de alguns de seus direitos fundamentais resta menos alargado, o que, ao que parece, pode fornecer instrumentos para o Estado atuar de forma mais próxima, tanto em uma perspectiva preventiva, quanto em uma perspectiva repressiva (sancionando os servidores administrativamente), mas, em ambos os casos, considerando como cerne de sua atuação a preocupação com a conduta desses servidores. Noutras palavras, essa proposta de análise do controle tendo como fundamento a conduta do servidor se baseia em uma noção do controle estatal voltado para a integridade, englobando, pois, inclusive, o poder disciplinar do Estado-Administração em relação aos seus servidores.

Retoma-se, pois, o modelo de análise de "controles sobre atividades", proposta por Juan Alfonso Santamaría Pastor (citado *supra*), que têm por objeto não os atos singulares e de conteúdo formal, mas sim as condutas ou pautas de gestão gerais, valoráveis desde a perspectiva da legalidade até à da eficácia e da boa organização / boa administração (o autor cita como exemplos: a faculdade de inspeção que todo superior dispõe com relação aos órgãos inferiores - a qual pode ser exercida tanto diretamente quanto por meio de órgãos específicos -, o poder de aplicar sanção disciplinar, a exigência de prestação de contas).⁴³⁵ Nesse sentido, propõe-se a denominação "**controle de conduta**" ao invés de "controles sobre atividades" por se entender que, no ponto, a proposta de estudo é ainda mais restritiva do que aquela apresentada pelo administrativista espanhol (constituindo, pois, espécie da qual aquela é gênero). Em conclusão: o foco de análise que se propõe, dentro do controle interno em sentido estrito voltado para a integridade é o controle de conduta dos servidores públicos, que será melhor delimitado adiante.

⁴³⁵ SANTAMARÍA PASTOR, **Principios de derecho administrativo general I**, p. 495 a 497.

PARTE II. O CONTROLE INTERNO ESTATAL EM RELAÇÃO AOS SERVIDORES PÚBLICOS

CAPÍTULO I. DA FORMA COMO O ESTADO SE RELACIONA COM OS SERVIDORES PÚBLICOS

1. A RELAÇÃO FUNCIONAL

1.1. A personalidade jurídica do Estado e a manifestação da vontade estatal

Não há novidade em dizer que o Estado é uma abstração, um ser de existência ideal (não física)⁴³⁶, uma criação do Direito⁴³⁷. Juridicamente, o Estado é uma pessoa jurídica⁴³⁸, ou seja, "um conjunto de direitos e deveres", cuja personalidade é outorgada pelo Direito (pelas normas jurídicas)⁴³⁹.

⁴³⁶ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, **Negociação coletiva dos servidores públicos**, Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 31.

⁴³⁷ Calha citar, no entanto, a lição de Luís Filipe Colaço Antunes (**Direito administrativo sem Estado**, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 20 a 22 e 29): "Quando nos finais de século XIX a teoria jurídica do Estado atingiu um alto nível de elaboração, uma parte da doutrina começou a chamar Estado a todos os ordenamentos jurídicos gerais, senão desde a sua origem, pelo menos a partir de construções mais acabadas. O problema está em que as coisas não são bem assim, se entendermos, como entendemos, que o termo Estado tem a sua própria historicidade. Em puridade, o substantivo Estado serve apenas para indicar os ordenamentos jurídicos gerais que na experiência jurídica ocidental surgem no século XVI com caracteres próprios, ainda que se tratasse de ordenamentos gerais em fase de transição. (...) A extensão de conceitos mais elaborados pela ciência jurídica a institutos públicos do passado deveu-se ao facto de pensarem que a sua sofisticação técnica e científica tinha aplicação universal e, portanto, retroativa. O Estado criado e imaginado pela publicística acaba por ser não apenas o objecto do discurso normativo mas também o sujeito que realmente sustenta e exprime o ordenamento jurídico geral. Sendo estritamente vigorosos, o *Estado é o nome da penúltima forma histórica assumida pelos ordenamentos jurídicos gerais*. (...) O Estado que se põe no centro da ciência jurídica ocupa um campo dogmático essencial porque vem construído pela iuspublicística como pessoa colectiva pública universal; o referente não é realidade, não é uma realidade mimética com a "realidade". O Estado é uma metarrealidade, ontológica e axiológico-normativa. O Direito (público) não encontra apenas o Estado, representa-o, imagina-o e personifica-o."

⁴³⁸ SUNDFELD, Carlos Ari, **Fundamentos de direito público**, 4ª ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2009., p. 59 a 65. Nesse sentido, ressalta o autor que não é livre de críticas dizer-se que a pessoa jurídica, ao contrário da pessoa natural é uma ficção criada pela lei; na verdade, ambas, pessoa natural e jurídica, são criações do Direito, pois é ele que outorga personalidade jurídica a ambas (não havendo que se confundir os conceitos de pessoa existentes nos mundos do ser e do dever-ser). Não é isso, portanto, que as diferencia, mas sim o fato de que, considerando que as normas jurídicas regulam comportamentos humanos, estar-se-á diante de uma pessoa natural ou física quando, ao se mirar uma norma jurídica, for possível identificar imediatamente qual é o ser humano cujo comportamento está sendo regulado, que é destinatário do comando normativo; por outro lado, estar-se-á diante de uma pessoa jurídica quando, ao se mirar uma norma jurídica, apenas for possível saber qual o comportamento a ser realizado ou evitado, sem se identificar de forma imediata e direta o ser humano obrigado a realizá-lo, uma vez que, para reconhecer o elemento pessoal da conduta é necessário recorrer a outra norma jurídica. Isso porque a pessoa jurídica (internamente) constitui-se de um conjunto de normas jurídicas, em especial, as que definem os indivíduos que deverão realizar os comportamentos regulados pelo direito.

⁴³⁹ Marcelo Caetano (**Princípios fundamentais do direito administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 58 a 61) relembra a importância da atribuição de personalidade jurídica aos entes estatais - é

A construção do Estado como pessoa jurídica, do ponto de vista teórico, deu-se essencialmente por duas razões: a necessidade de institucionalização do poder (para torná-lo impessoal), substituindo-se a vontade do rei pela do Estado e permitindo a submissão do Estado ao Direito, e a centralização do poder, já que a personalização do poder estadual possibilitava a existência de entendimento centralizado e hierarquizado da organização administrativa.⁴⁴⁰ García Macho remonta à monarquia constitucional alemã, para lembrar que a ficção da personalidade jurídica do Estado foi criada com o escopo de resolver o embate entre as forças de poder que sustentavam aquele regime. De fato, a monarquia constitucional alemã tinha uma estrutura peculiar, uma vez que se amparava em duas forças com poder real (sintetizadas pelo princípio monárquico e o princípio constitucional): o poder do rei, fundamentado na Constituição (da qual ele era o representante máximo) e a representação popular (que limitava o poder real), havendo primazia da primeira força de poder sobre a segunda. Como essas duas forças com poder real precisavam ser harmonizadas, criou-se uma ficção de que nem o povo (o Parlamento) nem o Monarca poderiam ser detentores de forma isolada da soberania. Assim, para resolver esse impasse, é que foram criadas as teses

que, para se movimentarem no campo jurídico, os diversos centros de interesses administrativos têm que receber da lei a susceptibilidade de serem sujeitos de direito e obrigações, de forma a poderem ser titulares de patrimônio e estabelecer relações jurídicas com outras entidades; noutras palavras, precisam possuir personalidade jurídica. (...) o que é real é aquilo que se encontra debaixo da personalidade jurídica (podendo ser denominado como substrato dela) - em alguns casos é uma realidade natural (homens e mulheres) e em outros casos, são realidades resultantes da vontade dos homens, fruto das suas necessidades ou imaginação (sociedades, instituições, associações etc). Esse substrato - natural ou fatício - pode receber a qualificação jurídica de pessoa, qualidade que significa simplesmente uma categoria técnica do Direito. Mas, para tanto, é necessário que nele se reconheça a existência de um centro de interesses digno de proteção do Direito, uma vez que a personalidade jurídica, como exposto, é a susceptibilidade de direitos e obrigações. É necessário que ele possa titularizar direito subjetivo (entendido como um poder conferido a um indivíduo para realizar seu interesse legítimo).

⁴⁴⁰ Vasco Pereira da Silva (**Em busca do acto administrativo perdido**, Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p. 57 e 58) acrescenta que a concepção do Estado como pessoa jurídica deriva do entendimento liberal do Direito Administrativo, que privilegiava o estudo dos sujeitos relativamente à teoria da organização. Santamaría Pastor (**Principios de derecho administrativo general I**, p. 388 a 390) refere que a utilização, pelo direito público, da ideia de personalidade jurídica (e a de órgão, como componente essencial da personalidade jurídica) não é algo que responda a exigências abstratas de racionalidade, mas se deve a circunstâncias puramente acidentais, que mais têm a ver com a simbologia do que com as construções abstratas. O autor, entretanto, pondera sobre a utilidade dessa utilização da ideia de personalidade jurídica pelo direito público como estrutura mental, uma vez que: (i) permitiu a construção do direito público como um conjunto de autênticas relações jurídicas entre as organizações administrativas e os cidadãos; (ii) pressupõe vantagens práticas evidentes para os cidadãos, pois não apenas simplifica suas relações com as grandes Administrações (que constituem frente a eles um único centro de imputação e de atuação), mas também ampliou sensivelmente a garantia patrimonial dos cidadãos, uma vez que todo o patrimônio da pessoa jurídica responde pelo pagamento das dívidas contraídas frente a ele (e não apenas o patrimônio de um setor da organização ou de um funcionário ou servidor concreto); e (iii) permitiu, sobretudo, a adequada estruturação do conjunto das Administrações Públicas, pois graças à ideia da personalidade jurídica, foi possível construir o sistema dos entes públicos territoriais (cuja separação do Estado se fundamenta exatamente em sua personalidade jurídica independente) e propiciou também a estruturação racional do imenso aparato da Administração estatal, diversificando os centros de decisão e de responsabilidade mediante a técnica de personificações instrumentais.

da personalidade jurídica e da personalidade orgânica do Estado. A teoria da personalidade jurídica, desenvolvida por Albrecht e Gerber, considera o Estado como uma comunidade na qual os interesses gerais têm primazia sobre os individuais (constituindo, pois, um ente autônomo, comunitário e não um somatório de indivíduos defendendo seus próprios interesses); assim, quando o indivíduo atua dentro do âmbito do domínio do Estado, não tem personalidade jurídica autônoma, vez que age como servidor estatal (mas quando atua em sua esfera privada é autônomo e, como tal, tem direitos e obrigações). A teoria da personalidade jurídica busca, pois, criar um ente, uma "objetividade apolítica" na qual o direito é o ponto central (o direito cria essa esfera comunitária e apolítica global; o Estado cria essa ordem jurídica). E, se essa esfera comunitária é uma unidade e nela o Estado gera a ordem jurídica, é necessário proteger juridicamente o cidadão; por isso o ordenamento jurídico cria limites entre o Estado (personalidade jurídica) e o indivíduo (sociedade, pessoa natural), prevendo para cada um sua própria esfera de liberdade na qual o direito não interfere. A teoria orgânica, da mesma forma, pretendeu resolver os problemas originados na monarquia constitucional que opunham Estado e sociedade. Também parte da ideia da criação de um organismo estatal unitário, com personalidade total soberana, que estabelece uma ordem harmônica entre os seus membros (indivíduos - sociedade - Estado), enxergando o Estado como um ente composto de diversos órgãos individuais internos, com relativa autonomia e vida jurídica própria, com efeitos recíprocos entre si, formando uma estrutura global (mas mantendo suas distintas funções)⁴⁴¹.

À vista da ciência política e da teoria do Estado é comum que se identifique o Estado-Sociedade pelos elementos povo, território e soberania (poder político)⁴⁴². O Estado Moderno

⁴⁴¹ Ricardo García Macho (**Las relaciones de especial sujeción en la constitución española**, Madrid: Tecnos, 1992., p. 32 a 34). A partir desse contexto começam a ser produzidas instruções administrativas, atos singulares internos pela Administração com o objetivo de regulação de situações internas, que - entendia-se - não tinham caráter jurídico, mas vinculavam os indivíduos que estavam na esfera interna do Estado (relações de sujeição especial). O âmbito jurídico formal do Estado só surge para suas relações externas (Estado-cidadão, ou seja, relações de sujeição geral), nas quais o Estado cria direitos e obrigações para os cidadãos, pois são essas relações as potenciais causadoras de conflito (as relações internas do Estado são não conflituosas).

⁴⁴² JELLINEK, Georg, **Teoría general del Estado**, México: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 368, 378, 394 e 395 a 397). Paulo Bonavides (**Ciência Política**., p. 80 e 81) defende a prevalência do conceito de Jellinek sobre o de Duguit, o qual considera como elementos constitutivos do Estado os de ordem formal - poder político na Sociedade (que, segundo Duguit, surge do domínio dos mais fortes sobre os mais fracos) - e de ordem material - o elemento humano e o elemento território. Bonavides ressalta: "nossa única objeção ao conceito de Estado de Duguit prende-se a um possível juízo de valor contido na afirmativa daquele jurista, segundo a qual o poder implica sempre a dominação dos mais fracos pelos mais fortes. Admitir essa dominação por inerente a todo ordenamento estatal, isto é, por fato sociológico incontestável, equivaleria decerto a excluir a possibilidade de um Estado eventualmente acima das classes sociais e dotado de características neutrais que pudessem em determinadas circunstâncias convertê-lo no juiz ou disciplinador correto e insuspeito de arrogantes interesses rivais. A presença por conseguinte dessa conotação subjetivista (a crença do autor de que o Estado exprime a dominação dos mais fortes sobre os mais fracos) obriga-nos a rejeitar o conceito de Duguit. Gostaríamos pois de substituí-lo por um outro, que se nos afigura tão completo quanto aquele em enumerar também os elementos constitutivos do Estado. Formulou-o Jellinek quando disse

possui como um de seus elementos característicos indispensáveis a existência de um governo soberano e independente, cuja *significação interna* é a de exercício da "competência das competências" dentro de seu território e a possibilidade de que essa competência possa ser distribuída a um conjunto de órgãos estatais - como ocorre no caso da repartição de poderes em uma estrutura federativa, que se encontram em um sistema de coordenação, harmonizável com a unidade do poder estatal^{443 444}. Dito de outra forma, o exercício interno dessas competências é o que se pode denominar de atividades do Estado (o poder do Estado se manifesta pelo exercício dessas variadas atividades⁴⁴⁵). Essas atividades podem ser classificadas de acordo com diferentes critérios; a mais conhecida e importante classificação (especialmente em função de seus efeitos na organização do Estado) é a que agrupa essas atividades em legislativas, administrativas e judiciais, daí se falar em *função legislativa*, *função administrativa* (ou *executiva*) e *função judicial*.⁴⁴⁶

Mas, antes de prosseguir, é necessário questionar: como o Estado manifesta sua vontade para estar apto a desenvolver essas atividades?

Se o Estado é uma criação do Direito, são as normas jurídicas que definem exatamente suas atividades. E se o Estado é uma pessoa jurídica, também são as normas jurídicas que *organizam* o trabalho⁴⁴⁷, ou seja, que definem quem são os entes e os indivíduos responsáveis por realizar essas atividades⁴⁴⁸. À partida é preciso ter em mente que a

que o Estado "é a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando". Conceito este irrepreensível (...)"

⁴⁴³ Nesse sentido é o texto dos artigos 1 e 2º da Constituição brasileira, quando prevê que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a soberania, que todo poder emana do povo - que o exerce por meio de representantes - e que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁴⁴⁴ STRECK; MORAIS, **Ciência política e teoria do Estado**, p. 162. Segundo os autores, para se conhecer o Estado Moderno seria necessário visualizá-lo a partir de elementos indispensáveis à sua caracterização: elementos materiais (população e o território), elemento formal (governo independente e soberano) e elemento teleológico (realização de um fim comum). Especialmente quanto ao segundo elemento, a par do significado externo, que se baseia na igualdade jurídica entre os Estados, pressupondo o respeito como regra de convivência pacífica entre as diversas unidades estatais, há uma significação interna, que, conforme exposto acima, é o exercício da "competência das competências".

⁴⁴⁵ ARAÚJO, **Negociação coletiva dos servidores públicos**, p. 29.

⁴⁴⁶ *Ibid.* O autor, no entanto, adverte que a comum substituição, nesse contexto, do termo "funções" pelo termo "poderes" do Estado é inadequada, uma vez que o poder do Estado é uno e indivisível, implicando, como demonstrado, o desenvolvimento de diversas atividades, as quais podem ser agrupadas nas três funções citadas.

⁴⁴⁷ SUNDFELD, Carlos Ari, **Fundamentos de direito público**, 4ª ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2009, p. 65. Nas palavras do autor: "se fosse possível espiar dentro do Estado, veríamos ser ele um conjunto de normas de organização de trabalho (vale dizer, um conjunto de normas jurídicas estabelecendo quem são os seres humanos que realizam concretamente os comportamentos impostos a um centro de direitos e deveres)."

⁴⁴⁸ Pede-se venia para, em uma livre tradução, citar as sempre esclarecedoras palavras de Santamaría Pastor (**Principios de derecho administrativo general I**, p. 825): Todo o tecido estrutural do Direito pode ser reduzido, em última instância, em três elementos primários: as normas, os sujeitos e as relações jurídicas que se travam entre esses e que são regulados por aquelas. Por sua vez, o fator básico do elemento subjetivo é constituído pelas pessoas físicas, os seres humanos. No entanto, uma

organização interna das pessoas jurídicas de direito público compreende órgãos⁴⁴⁹ e agentes (denominados agentes públicos ou agentes estatais).

Há diversas teorias que visam explicar esta relação entre o Estado e seus agentes, quanto à manifestação de vontade estatal: (i) a teoria do mandato segundo a qual o agente público é mandatário da pessoa jurídica (a crítica que se apresenta a esta teoria é que se o Estado - como pessoa jurídica que é - não tem vontade própria, como poderia outorgar um mandato?); (ii) a teoria da representação, que preconiza que o agente público é representante do Estado por força de lei, equiparando-se a figura do agente à do tutor ou do curador, que representam os incapazes (as críticas a esta teoria dizem respeito ao fato de equiparar o Estado a um incapaz e por trazer a ideia de que o Estado confere representantes a si mesmo, diversamente do que acontece na tutela e na curatela; além disso, por essa lógica, caso o representante ultrapassasse os poderes da representação, a pessoa jurídica não responderia por esses atos perante os terceiros prejudicados); e (iii) a teoria do órgão, que atesta que a pessoa jurídica manifesta sua vontade por meio de órgãos, de tal forma que quando os agentes que compõem esses órgãos manifestam sua vontade, é como se o próprio Estado o fizesse (por esta teoria, substitui-se, pois, a ideia de representação pela de imputação).⁴⁵⁰

Prevalece a concepção da *teoria do órgão*.⁴⁵¹

primeira aproximação da realidade social e jurídica nos revela que essas pessoas físicas podem se encontrar em duas posições básicas: de um lado, teremos os cidadãos comuns, destinatários da ação administrativa (e que, por isso, são usualmente conhecidos com o nome de administrados); de outro, um conjunto de pessoas que exercem o poder e administram a atividade pública. Em definitivo, os governados e governantes, para empregar uma fórmula tradicional na doutrina francesa.

⁴⁴⁹ Jorge Miranda (Sobre órgãos do Estado, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 206, p. 9 a 42, 1996) leciona sobre o surgimento do conceito de órgão estatal: "O conceito de órgão - de órgão do Estado - surgiu no século XIX, fruto, quase simultaneamente, de dois movimentos distintos: o constitucionalismo, com a multiplicação de centros de poder, e a manifestação, no interior do Estado, de diferentes interesses e posições políticas e o organicismo germânico (de GIERKE, sobretudo), com a sua concepção do fenômeno estadual como princípio vital e integração de vontades. Havia que traduzir a complexidade institucional derivada da separação dos poderes sem perda da estrutura unitária do Estado, e o recurso simbólico ou analógico a noções já trabalhadas pelas ciências da natureza oferecia-se como um instrumento útil de análise e construção (contanto que se não caísse, como por vezes sucedeu, num reducionismo ou num pretenso realismo de matiz biológico)."

⁴⁵⁰ DI PIETRO, **Direito administrativo**, ebook.

⁴⁵¹ Quanto ao tema, Vasco Pereira da Silva (**Em busca do acto administrativo perdido**, Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 58 e 59, 92 a 95) lembra da discussão doutrinária sobre a possibilidade da existência de relações jurídicas entre órgãos. À partida, ressalta que caso se considerassem unicamente os pressupostos tradicionais da teoria do órgão, não seriam admitidas as relações jurídicas inter-orgânicas: de fato, caso se considere que todas as pessoas jurídicas públicas são dirigidas por órgãos e que cabe a esses órgãos tomar decisões em nome dessa pessoa jurídica (ou seja, manifestar a vontade a ela imputável), não seria possível se cogitar nem a existência de relações jurídicas entre o Estado e o órgão (já que este último não possuiria qualquer individualidade relativamente ao Estado, no qual se integra) nem entre órgãos (uma vez que são partes de um todo). No entanto, o autor sublinha que existe uma tendência recente para se desvalorizar a doutrina da personalidade e autonomizar o órgão relativamente ao Estado (concepção que tem como defensores, dentre outros, os administrativistas italiano Massimo Severo Giannini e alemão H. W. Erichsen). Na doutrina italiana, entende-se que o Estado teria uma estrutura peculiar, não se apresentando como uma pessoa coletiva (pessoa jurídica) unitária, mas sim como uma pessoa que só surge através de seus órgãos - essa singularidade faz com que tanto as relações de direito administrativo quanto as de direito privado

A teoria do órgão é diretamente tributária do dogma da personalidade jurídica do Estado: se este se configura como uma pessoa jurídica que deve expressar uma vontade unitária, mostra-se necessário qualificar juridicamente a posição das pessoas que judicial ou colegiadamente manifestam essa vontade⁴⁵². Diversamente da teoria da representação - que considera que a pessoa jurídica e seu representante são dois entes autônomos -, a teoria do órgão aproxima os dois elementos, enxergando o órgão como parte integrante do Estado⁴⁵³, entendendo que os agentes do Estado não devem ser considerados pessoas alheias a ele (representantes), pois estão incrustados na organização da pessoa estatal como parte integrante desta (órgão); noutras palavras, pela teoria do órgão, o agente estatal não é alguém que atua para o Estado, mas sim que atua pelo Estado, já que faz parte dele, manifestando sua vontade psicológica como uma só pessoa.⁴⁵⁴

O conceito de órgão teve uma evolução conturbada, havendo inúmeras teorias que buscaram desenvolvê-lo. Em um breve resumo: (i) para a teoria clássica a noção de órgão se refere à pessoa física do agente público; (ii) outros autores defendem que o conceito deve se aplicar não tanto à pessoa, mas ao complexo de funções unificadas em uma figura abstrata, do qual a pessoa física seria um mero titular; (iii) para outro grupo da doutrina, o complexo de funções deve ser designado como "ofício", sendo órgão a unidade formada pelas funções e seu titular; (iv) outra corrente entende que o conceito deve ser reservado para aquelas unidades administrativas cujos titulares estejam capacitados para emitir declarações *ad extra*, que se imputam como próprias da Administração.⁴⁵⁵

Modernamente, é possível encarar os órgãos como centros autônomos de emanção de uma vontade que lhe é atribuída, como centro de formação dos atos jurídicos do Estado⁴⁵⁶,

decorram entre órgãos e outros sujeitos (como exemplo, a responsabilidade civil que incide sobre órgãos, relações processuais em que quem ocupa o pólo ativo ou passivo são os órgãos e não o Estado etc.). Ou seja, na teoria do órgão, os órgãos do Estado ocupariam uma posição muito própria, que não é encontrada em nenhum outro ente. A doutrina germânica acompanha o entendimento - considera que o ordenamento pode atribuir capacidade jurídica aos órgãos administrativos, de modo que eles passem a ser "sujeitos funcionais" de relações jurídicas, relativizando, assim, a personalidade jurídica do Estado ou de outras entidades administrativas (a qual passa a ser vista como um "conceito técnico-jurídico de natureza artística"). E, desta forma, as relações entre órgãos (ainda que no âmbito da mesma pessoa jurídica), poderiam ocorrer quando um sujeito funcional no interior de uma organização (ou seja, um órgão, parte de um órgão ou seu titular) se apresentasse como sujeito final de uma atribuição jurídica interna de funções e competências. Noutras palavras, quando a lei concedesse a um órgão poderes decisórios para determinados fins, ou, sob outra perspectiva, sempre que se verificasse a atribuição de direitos e deveres, seria reconhecida a capacidade jurídica - é desta capacidade jurídica atribuída pelo ordenamento a um determinado órgão da Administração Pública que se retiraria a possibilidade deste se tornar sujeito da relação jurídica.

⁴⁵² SANTAMARÍA PASTOR, **Principios de derecho administrativo general I**, p. 403 e 404.

⁴⁵³ DI PIETRO, **Direito administrativo**, ebook.

⁴⁵⁴ SANTAMARÍA PASTOR, **Principios de derecho administrativo general I**, p. 404.

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ MIRANDA, Sobre órgãos do Estado. O autor destaca a riqueza e interesse do conceito de órgão:
"1º - Ele propicia um instrumento de mediação entre a coletividade e a vontade ou o poder que a unifica;
2º - Ele exprime a duração ou permanência desse poder para além da mudança dos indivíduos nele

como unidades abstratas que sintetizam os vários ciclos de atribuição do Estado. E como entidades abstratas, não possuem, por si só, vontade nem ação, de forma que, para que as atribuições estatais repartidas entre os órgãos se concretizem, é necessário o concurso de indivíduos, pessoas naturais - é o querer e o agir desses sujeitos que são diretamente imputados ao Estado.⁴⁵⁷ Dessa forma, o conceito de agente e de órgão não se confundem - o agente não forma nem exprime a vontade coletiva, apenas colabora na sua formação ou executa as decisões que derivam dessa vontade, sob a direção e fiscalização do órgão⁴⁵⁸, ou, noutras palavras, o agente possui os poderes necessários para exprimir no órgão a vontade da pessoa coletiva (ou seja, possui poderes funcionais, outorgados em função de interesses alheios), atuando como mero colaborador do órgão, responsável por executar os trabalhos materiais como burocrata, técnico, operário ou membro da força pública, ou preparando suas decisões (limitando-se, pois, a colaborar na formação da vontade que será manifestada pelos órgãos ou a executar as decisões destes sob sua direção e fiscalização).⁴⁵⁹

Há ainda um outro viés do conceito de órgão, que o afasta da ideia de organização administrativa, aproximando-o de seu fenômeno jurídico principal: a *imputação volitiva*. Com

investidos; 3º - Ele explica a transformação da vontade psicológica (de certas pessoas físicas - os governantes e os outros detentores do poder político) em vontade funcional (em vontade do Estado ou da pessoa coletiva); 4º - Ele ajuda a compreender, no plano da dogmática jurídica, o fenômeno da divisão do poder político, através de diversos órgãos com competências próprias'. 5º - Ele permite resolver problemas de responsabilidade."

⁴⁵⁷ MELLO, **Curso de direito administrativo**, p. 144. Dessa forma, o Estado se manifesta por seus órgãos e os agentes, que, enquanto atuam nesta condição, têm seu querer e agir recebidos como querer e agir do próprio Estado. Em resumo, o autor assevera que a vontade e a ação do Estado são constituídas na e pela vontade e ação dos agentes (o Estado e os órgãos que o compõem se exprimem através dos agentes, na medida em que eles atuam nesta posição de veículos de expressão do Estado).

⁴⁵⁸ MIRANDA, Sobre órgãos do Estado. Segundo Jorge Miranda, quando muito, é possível se afirmar que o nexo entre órgão e agente é entre principal e acessório.

⁴⁵⁹ CAETANO, **Princípios fundamentais do direito administrativo**, p. 63 a 65. Marcelo Caetano afirma que para se qualificar juridicamente um substrato como pessoa é necessário que, além do centro de interesses, a pessoa coletiva possua um centro de vontade, onde atuem indivíduos que expressem aquilo que deve ser querido com vistas a realizar os fins sociais. Esses centros de vontade das pessoas coletivas são seus órgãos (os quais não devem ser confundidos com os indivíduos que nele atuam, que podem ser denominados titulares dos órgãos). Assim, em toda pessoa coletiva deve existir órgãos que nos termos estatutários expressam a vontade imputável à pessoa jurídica (nesse contexto, imputação pode ser conceituada como a atribuição de um ato voluntário à pessoa que deve ser tida por sua autora). O órgão se funde na pessoa coletiva como elemento essencial de sua constituição, ou seja, o órgão não tem existência distinta da pessoa, a pessoa não pode existir sem os órgãos - isso, no entanto, não ocorre com os indivíduos que sejam seus titulares. O indivíduo que seja alçado a titular de um órgão se ocupa dos interesses da pessoa coletiva e busca, em função desses interesses, exprimir aquilo que em cada caso deve ser querido, desejado para os realizar convenientemente. O titular do órgão só funciona como tal nos termos da lei ou do estatuto e apenas possui os poderes necessários para exprimir no órgão a vontade da pessoa coletiva, os quais, não sendo em seu próprio interesse mas em função de interesses alheios, são poderes funcionais. O órgão se caracteriza, pois, pela função de exprimir a vontade imputável à pessoa coletiva, já o agente, como dito, é mero colaborador do órgão, auxiliando na formação da vontade que será manifestada pelos órgãos ou a executar as decisões destes sob sua direção e fiscalização. No entanto, o autor ressalta que é muito frequente que, por delegação de competência ou delegação de poderes o órgão autorize os agentes que a lei especificar a tomar decisões em seu lugar.

efeito, muito embora na linguagem corrente, não seja incomum se utilizar denominação "órgãos administrativos" de forma indiscriminada e genérica a *todas* às unidades funcionais abstratas que estruturam a Administração (não importando o seu nível e suas funções), tal uso linguístico se dissocia do significado original e do conceito técnico-jurídico de órgão. Isso porque o conceito de órgão não visa descrever as unidades formais em que se decompõe a organização administrativa, mas sim explicar juridicamente o fenômeno da imputação ao ente público da atividade e da vontade das pessoas que lhe servem. Desta forma, segundo Santamaría Pastor, dogmáticamente o conceito de órgão deveria ser utilizado exclusivamente para aquelas unidades funcionais dotadas de capacidade de atuar de forma juridicamente eficaz nas relações intersubjetivas, ou seja, as que ostentam o poder de expressar externamente a vontade jurídica do ente no qual se integram.⁴⁶⁰

De facto, a principal característica da teoria do órgão é o princípio da imputação volitiva, segundo o qual a vontade do órgão público é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertença, ou, noutras palavras, os atos realizados pelos agentes de uma pessoa jurídica são atribuídos à esfera jurídica desta⁴⁶¹ (*teoria da imputação*⁴⁶²). Isso porque, repita-se, a vontade só pode ser formada e manifestada por um indivíduo - dessa forma, no caso da personalidade jurídica das pessoas coletivas, alguém precisa emprestar sua vontade para a realização dos interesses coletivos.⁴⁶³ Não há, pois, uma dualidade de pessoas (a pessoa titular dos direitos e aquela que os exerce), como ocorre na representação; há unidade: é uma única pessoa (pessoa jurídica) que exerce seu direito ou prossegue seu interesse, mas por meio de pessoas físicas (as que formam a vontade, as que são suportes ou titulares dos órgãos).⁴⁶⁴ ⁴⁶⁵ Como representam compartimentos internos da pessoa jurídica, os órgãos

⁴⁶⁰ SANTAMARÍA PASTOR, **Principios de derecho administrativo general I**, p. 404 e 405.

⁴⁶¹ *Ibid*, p. 405 e 406.

⁴⁶² MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 83. Nas palavras da autora: "a vontade do agente público, manifestada nessa qualidade, e a vontade do Estado se confundem, formam um todo único, e esse 'poder' dado à pessoa física decorre de determinação da lei, de imputação legal, por isso denominada teoria do órgão ou teoria da imputação."

⁴⁶³ CAETANO, **Princípios fundamentais do direito administrativo**, p. 62 e 63.

⁴⁶⁴ MIRANDA, Sobre órgãos do Estado. Prossegue o autor: "Dualidade ou desdobramento ocorre, sim, na pessoa singular suporte do órgão, que nela se acumulam duas qualidades: a de pessoa como particular e como cidadão, e a de titular do órgão. E, assim, em qualquer ação ou omissão haverá que discernir - que discernir se é um comportamento seu, no âmbito da sua vida e dos seus interesses, ou se é um comportamento ao serviço da pessoa coletiva; haverá que discernir se é um ato pessoal ou um ato funcional."

⁴⁶⁵ SANTAMARÍA PASTOR, **Principios de derecho administrativo general I**, p. 407 a 409. O autor destaca que essa imputabilidade ao Estado dos atos praticados pelos agentes públicos, no entanto, é limitada. Com efeito, para que a imputação ocorra, são necessárias três condições concomitantes: (i) o ato praticado pelo servidor deve se dar no exercício das funções próprias do ente público ou em razão dessas funções (a atividade estritamente pessoal do servidor não se imputa ao ente público); (ii) o ato deve ter cognoscibilidade e aparência formal mínima de correção, ou seja, o ato deve ao menos aparentar estar sendo praticado como desenvolvimento de alguma das funções próprias do titular do órgão que o executa ou ser minimamente conexo com elas (não há, pois, imputação de atos afetados por uma incompetência grosseira, que possa ser identificada por qualquer jurista mediano); (iii) o

públicos não podem ser criados e extintos livremente pela simples vontade da Administração - via de regra, a criação e a extinção dos órgãos dependem de lei.⁴⁶⁶

Em suma, os órgãos são o instrumento por meio do qual a ordem jurídica transforma os atos das pessoas físicas (agentes públicos) em decisões imputáveis à pessoa jurídica de direito público; os órgãos têm poder jurídico de decidir em nome da pessoa jurídica (poder de exprimir a vontade da pessoa jurídica), sendo, pois, titulares de competências⁴⁶⁷ (ou seja, aptidão legal conferida a um órgão público para realizar determinada atividade⁴⁶⁸).

A pessoa jurídica estatal / pública se manifesta, pois, por meio dos seus órgãos - cada ente público, no entanto, possui diversos órgãos, o que torna necessária a distribuição e delimitação de suas competências. No entanto, antes de avançar às formas de organização

servidor deve estar investido de poder jurídico, ou menos, aparentar estar investido de poder jurídico (no último caso, protegendo-se a boa-fé e confiança dos terceiros que se relacionam com a Administração). Quanto ao último ponto, Santamaría Pastor relembra que a imputação nos casos em que há problemas na investidura do servidor público é um problema que via de regra é resolvido pelo direito positivo; defende, entretanto, que a imputação deve ser negada nos casos de usurpação e imputação grosseira do exercício das funções públicas, mas não nos casos restantes: sempre que o exercício das funções estiver revestido de aparência suficiente para comprometer angariar a credibilidade e a boa fé dos terceiros, a imputação não deve ser excluída.

⁴⁶⁶ No ordenamento jurídico brasileiro, essa regra está prevista no artigo 48, XI da Constituição (lembrando que, desde a Emenda Constituição nº 32, de 11.09.2001, a estruturação e as atribuições dos órgãos podem ser tratadas por Decreto do Chefe do Executivo, nos termos do artigo 84, VI, "a" da Constituição). José dos Santos Carvalho Filho (**Manual de direito administrativo, ebook**) lembra, no entanto, que, em razão do evidente interesse da Administração, a Constituição reserva ao Presidente da República (e, por simetria, aos demais Chefes do Poder Executivo) a iniciativa privativa para deflagrar o processo legislativo sobre a matéria (artigo 61, § 1º, II, "e" da Constituição).

⁴⁶⁷ É possível, pois, se afirmar que os órgãos são formados por três elementos principais: (i) o titular, que é a pessoa física (ou as pessoas físicas) que age naturalisticamente em nome da pessoa coletiva; (ii) a competência, que é o conjunto de poderes funcionais de que o órgão é titular e (iii) o cargo, que é o estatuto do titular do órgão, ou seja, o completo de situações jurídicas ativas e passivas de que a pessoa física titular de um órgão é portadora, em consequência dessa titularidade.

⁴⁶⁸ MEDAUAR, **Direito administrativo moderno**, p. 47. A autora relembra que, em razão da divisão de atividades, cada órgão tem atribuições ou competências específicas (diferentes das atribuições de outros órgãos), que, a princípio só por ele podem ser exercidas. Isso ocorre porque, destaca (p. 46), o fato de Administração Pública ter que realizar um variado rol de atividades para cumprir seu papel na vida da sociedade impede que essas atividades sejam concentradas na mão de um único setor ou de uma única autoridade - além de isso ser inviável materialmente, a necessidade de desconcentrar as atividades administrativas também advém de aptidões técnicas diferenciadas, modos especializados de execução, recursos humanos e materiais pertinentes etc. Assim, esse rol de atividades é distribuído, considerando a especialização ou a divisão de trabalho, entre os órgãos públicos (ou órgãos administrativos). No mesmo sentido, Paulo Otero (**Conceito e fundamento da hierarquia administrativa**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 29 a 32) afirma que a circunstância de as entidades integrantes da Administração serem pessoas coletivas (pessoas jurídicas) significa que elas apenas manifestam sua vontade por meio dos seus órgãos; cada órgão, ao expressar juridicamente a vontade imputável à pessoa coletiva na qual se integra, exerce um conjunto de poderes jurídicos tendentes à realização das atribuições daquela entidade pública - o conjunto dessas faculdades jurídicas confiadas a cada órgão constitui sua competência. Daí o autor afirmar que a competência é uma fração da capacidade da pessoa coletiva atribuída a cada órgão. Paulo Otero também relembra que a norma legal por meio do qual é efetuada a atribuição de competência ao órgão funciona, ao mesmo tempo, como uma autorização para a produção de atos e como um limite da atividade do órgão. A função limitativa da norma de competência, por sua vez, teria, segundo o autor, um caráter bifrontal: determina em que medida a atividade do órgão se insere nas atribuições da pessoa coletiva e delimita a esfera de ação de cada órgão face aos demais órgãos do mesmo ente.

administrativa e considerando que os conceitos de órgão e de agente público não se confundem, necessário delimitar quem são esses agentes.

1.2. Os agentes públicos e a delimitação do conceito de servidor público

O Estado é, pois, uma pessoa jurídica, de forma que as normas jurídicas disciplinam a atividade pública a ser exercida, ou seja, definem quem são os entes e os indivíduos responsáveis por realizar essas atividades. Esses indivíduos são os *agentes públicos*.

No vasto complexo organizativo que compõe as instituições públicas (e, de forma especial, a Administração Pública), esse conjunto de pessoas naturais que nelas trabalham pode ser denominado de *fator humano* da organização. Algumas dessas pessoas são eleitas diretamente pelos cidadãos ou designadas por órgãos com representatividade democrática para dirigir a política do país e exercer funções públicas relevantes (como, no âmbito brasileiro, o Presidente da República, os Deputados, os Senadores, os Ministros de Estado), exercendo suas atividades de forma periódica, já que sua manutenção nesta atividade depende da preservação da confiança que lhes foi depositada (comprovada, por exemplo, por meio da reeleição); estando sujeitas a estatutos legais próprios que regulam suas atividades. Algumas outras pessoas naturais prestam serviços ao Estado sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração⁴⁶⁹, a diversos títulos, por exemplo, por delegação do Poder Público (como os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos) ou por meio de requisição, nomeação ou designação para o exercício de funções públicas relevantes (como os jurados ou os convocados para serviço eleitoral). Mas a grande maioria das pessoas que trabalha a serviço das instituições ou das Administrações Públicas o faz como exercício de sua profissão (ou seja, como trabalhadores por conta alheia), mediante a correspondente retribuição.⁴⁷⁰

Todos esses indivíduos - responsáveis, de acordo com a norma jurídica, por exercer determinadas atividades do Estado - são agentes públicos⁴⁷¹. Eles são os agentes por meio dos quais o Estado se manifesta.⁴⁷²

⁴⁶⁹ Esse é o conceito apresentado por Maria Sylvia Zanella di Pietro (**Direito administrativo**, *ebook*) dos particulares em colaboração com o Poder Público.

⁴⁷⁰ Inspirado, adaptando-se para o contexto brasileiro, na análise realizada por Miguel Sánchez Morón (**Derecho de la función pública**, 11ª ed. Madrid: Tecnos, 2018, p. 17 e 18).

⁴⁷¹ Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (**Manual de direito administrativo**, *ebook*), "o Estado só se faz presente através das pessoas físicas que em seu nome manifestam determinada vontade, e é por isso que essa manifestação volitiva acaba por ser imputada ao próprio Estado. São todas essas pessoas físicas que constituem os agentes públicos."

⁴⁷² MELLO, **Curso de direito administrativo**, p. 250. Segundo o autor, a expressão *agentes públicos* "é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente."

Dentre esses agentes, como adiantado, alguns integram o aparelho estatal em sua estrutura direta ou na indireta, inseridos em sua organização; outros estão alheios a ele - no entanto, ambos (ainda que alguns apenas episodicamente) têm em comum o fato de exprimirem a manifestação estatal, o que só se tornou possível porque o Estado lhes conferiu força jurídica e os habilitou para agir assim. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, há dois requisitos essenciais para se caracterizar o agente público: a natureza estatal da atividade desempenhada (requisito objetivo) e a investidura na função pública (requisito subjetivo).⁴⁷³ Considerando a realidade jurídica brasileira, os agentes públicos podem ainda ser classificados em quatro grandes grupos: (i) agentes políticos, aqueles que ocupam os cargos que estruturam a organização política do país, que são responsáveis pela formação da vontade superior do Estado, posicionando-se no arcabouço constitucional estatal; (ii) agentes honoríficos, que também se ligam ao Estado sem vínculo profissional, sendo livremente designados para compor comissões técnicas (de forma que sua investidura relaciona-se com uma presumida e elevada reputação e conhecimento em determinadas matérias); os (iii) servidores estatais, que são aqueles que mantêm com o Estado relação de trabalho de *natureza profissional* e caráter não eventual, *sob vínculo de dependência*; e (iv) particulares em atuação colaborada com o poder público, que são os indivíduos que, sem perderem a condição de particulares (ou seja, de pessoas alheias à intimidade do aparelho estatal - com a única exceção dos recrutados para os serviços militares), exercem função pública, ainda que em caráter episódico.

⁴⁷³ *Ibid.* Ressalte-se, no entanto, que, como destaca Marcelo Caetano (**Princípios fundamentais do direito administrativo**, p. 360 a 385) no âmbito do direito português, esta análise é um pouco diversa, havendo que se falar, no caso, em *agentes da Administração* (e não agentes públicos). De fato, segundo o autor, os indivíduos que atuam sob a direção dos órgãos da Administração para participarem de tarefas próprias desta, prestando-lhe serviço pessoalmente, são denominados *agentes da Administração*. Dentre esses, apenas alguns são considerados *funcionários*, ou seja, vinculam-se a uma relação jurídica regida por regras especiais em relação ao Direito do Trabalho, de direito público, indicadas em um estatuto (que prevê, especialmente, a prerrogativa de *estabilidade*). Segundo Marcelo Caetano, existem 3 critérios que são mais acolhidos pela doutrina e pela legislação para individualizá-los: (i) a permanência do cargo ocupado, ou seja, um funcionário é um agente que ocupa um cargo permanente nos quadros da Administração, o qual foi criado por lei por tempo indeterminado e tem dotação própria no orçamento da entidade pública a que pertence (muito embora existam cargos permanentes que não garantem estabilidade aos seus servidores, razão pela qual passa-se aos demais critérios); (ii) a profissionalidade, ou seja, funcionários são aqueles agentes da Administração que abraçam o serviço administrativo como modo de vida ao qual dedicam toda sua atenção, em que procuram fazer carreira e do qual retiram seu sustento, ou seja, exercem a atividade administrativa como profissão e se incorporam na instituição; e (iii) o caráter público da relação de serviço, que estaria presente apenas em certas funções de soberania e de interesse público que exigissem um regime jurídico especial (o regime de direito público). No entanto, o autor adverte sobre a necessidade de se analisar o direito positivo de cada país para se fazer essa diferenciação, uma vez que podem ser adotados esses critérios (em separado ou combinados) ou mesmo outros para se definir quem são os *funcionários* da Administração Pública, havendo, via de regra, uma certa desarmonia com relação a este conceito.

Esse, portanto, é o conjunto de indivíduos (ou de *agentes*) que, sob diferentes títulos e regimes jurídicos, atuam *em nome* do Estado⁴⁷⁴, exprimem a manifestação estatal, desempenham atividade estatal (ou *função pública*).⁴⁷⁵

Considerando os fins e os limites deste estudo, interessa especialmente analisar a situação dos servidores estatais, categoria que se subdivide em: servidores públicos⁴⁷⁶ e servidores das pessoas governamentais de direito privado. Os servidores públicos são aqueles indivíduos que mantêm com o Estado e com as pessoas jurídicas de direito público da Administração indireta "relação de trabalho de *natureza profissional* e caráter não eventual *sob vínculo de dependência*". Portanto, o conceito engloba tanto os servidores titulares de cargos públicos na Administração Pública Direta e nas autarquias e fundações de direito público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como no Poder Judiciário e na esfera administrativa do Poder Legislativo (os quais, na vigência da Constituição anterior, eram chamados de *funcionários públicos*), e também os servidores empregados dessas pessoas, que se encontrem sob o vínculo de emprego, regidos lei trabalhista⁴⁷⁷ - considerando a excepcionalidade do vínculo empregatício, é possível afirmar que os servidores públicos, em sua maioria, ocupam cargos nas pessoas jurídicas de direito público, cargos estes criados por lei e que colocam seus titulares em ligação institucional,

⁴⁷⁴ ARAÚJO, **Negociação coletiva dos servidores públicos**, p. 31.

⁴⁷⁵ Necessário ressaltar, entretanto, que a expressão *função pública* conta com mais de um significado. Pode indicar, em sua acepção objetiva, o desempenho de atividade de alçada do Estado, como visto (independentemente de qual seja o agente público encarregado de exercê-la); já em sua acepção subjetiva, pode indicar, de forma mais restrita, os agentes administrativos ou servidores públicos (tanto os submetidos ao regime administrativo quanto os submetidos ao regime do direito do trabalho). Florivaldo Dutra de Araújo (*Ibid.*, p. 38) destaca a evidente correlação entre os significados: indicação da atividade e seu desempenho e indicação daqueles que devem desempenhá-la. Segundo o autor: "Essa correlação adquire tal força que, num processo comum da linguagem, passa a denominar-se uma coisa pela terminologia própria da outra. Fala-se, então, em *função pública* como designativo do conjunto de agentes que exercem as atividades estatais, ou - em acepção mais restrita - dos servidores públicos."

⁴⁷⁶ Na classificação adotada por Maria Sylvia Zanella di Pietro (**Direito administrativo, ebook**), ela divide os agentes públicos em quatro categorias: agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público. Assim, o conceito de servidor público adotado pela autora é amplo - engloba todas as pessoas naturais que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos, compreendendo: (i) os servidores estatutários, ocupantes de cargos públicos e sujeitos ao regime estatutário; (ii) os empregados públicos, ocupantes de emprego público e contratados sob o regime da legislação trabalhista; (iii) os servidores temporários, ocupantes de função, sem vínculo a cargo ou emprego público, contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

⁴⁷⁷ MELLO, **Curso de direito administrativo**, p. 255 a 257). Tais empregados cujos vínculos são regidos pela lei trabalhista podem estar nessa condição, segundo o autor, por uma das três hipóteses: (i) terem sido admitidos sob vínculo de emprego para funções materiais subalternas; (ii) serem remanescentes do regime anterior no qual se admitia amplamente o regime de emprego; e (iii) terem sido contratados sob vínculo trabalhista para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do artigo 37, IX da Constituição brasileira.

estatutária com o Estado.⁴⁷⁸ Os servidores das pessoas governamentais de direito privado são os empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado instituídas pelo poder público.⁴⁷⁹

No Brasil, a maior parte desses indivíduos que compõem a *função pública* em sua acepção subjetiva está inserida na categoria dos servidores estatais e, desses, mais precisamente, a maioria é de servidores públicos. Com efeito, apenas a título ilustrativo, conforme dados disponíveis do sítio do Ministério da Economia, no Boletim Estatísticos de Pessoal e Informações Organizacionais⁴⁸⁰, no âmbito da Administração Pública Federal, havia no Brasil, respectivamente (considerando pessoal ativo): em dezembro de 2016, **636.495 servidores públicos** e 71.024 servidores das pessoas governamentais de direito privado; em 2015, **631.614 servidores públicos** e 67.253 servidores das pessoas governamentais de direito privado; e em 2014 **632.449 servidores públicos** e 55.693 servidores das pessoas governamentais de direito privado.⁴⁸¹

Noutras palavras, a grande massa de indivíduos que fala e atua *em nome* do Estado é de sujeitos que mantêm com ele uma relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência - como exposto acima, esses servidores, via de regra, são titulares de cargo público (apenas em situações excepcionais se encontram sob o vínculo de emprego, regidos lei trabalhista). É sobre essa ampla maioria de sujeitos titulares de cargo público - que integram, portanto, a estrutura organizativa, em uma relação de extrema proximidade com o Estado - que se tratará neste estudo quando doravante se utilizar genericamente o termo *servidores públicos* (ou apenas *servidores*).

⁴⁷⁸ NETTO, Luísa Cristina Pinto e, **A contratualização da função pública**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 18.

⁴⁷⁹ MELLO, **Curso de direito administrativo**. No mesmo sentido. José dos Santos Carvalho Filho, (**Manual de direito administrativo**, ebook) afasta os empregados de entidades privadas da Administração Indireta do conceito de servidores públicos: "Sem embargo de respeitáveis opiniões em contrário, não consideramos servidores públicos os empregados das entidades privadas da Administração Indireta, caso das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado. Todos são sempre regidos pelo regime trabalhista, integrando a categoria profissional a que estiver vinculada a entidade, como a de bancários, economiários, securitários etc. Além do mais, o artigo 173, § 1º, da CF estabelece que empresas públicas e sociedades de economia mista devem sujeitar-se às regras de direito privado quanto às obrigações trabalhistas. São, portanto, empregados normais. Por fim, a própria tradição do Direito brasileiro nunca enquadrou tais empregados como servidores públicos, nem em sentido lato."

⁴⁸⁰ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. Boletim Estatístico de Pessoal e Informações Organizacionais. Brasília, 2017. Disponível em <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/gestao-publica/arquivos-e-publicacoes/BEP>>. Acesso 23 abr 2019.

⁴⁸¹ Os números apresentados consideraram as informações contidas no Boletim Estatístico de Pessoal e Informações Organizacionais de janeiro de 2017 (última atualização disponível na data da consulta) referentes, de um lado, aos servidores civis ativos da Administração Pública Federal Direta, Autarquias, Fundações e Banco Central do Brasil e, de outro, aos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Isso porque, além de serem numericamente muito superiores com relação àqueles categorizados anteriormente como servidores públicos mas que se encontram ligados ao Estado sob vínculo de emprego (já que, repita-se, essa situação é excepcional), os titulares de cargos públicos se submetem a um regime jurídico peculiar da função pública: o regime estatutário, de direito público. E é exatamente essa situação, esse *estatuto especial*, um dos marcos centrais da discussão que se vem propor com essa pesquisa, como se desenvolverá melhor adiante.

1.3. A burocracia e a história recente da relação funcional

Ao tratar sobre a história da relação funcional, a doutrina habitualmente traça um fio interessante que remonta às instituições do feudalismo (vassalagem, benefício), adaptando-se posteriormente à realidade do absolutismo e do Estado Moderno.⁴⁸² No entanto, em razão dos limites e dos objetivos deste trabalho (e também porque um ponto específico deste contexto histórico será objeto de exame destacado adiante), apresenta-se neste ponto uma análise do desenvolvimento recente da relação funcional, considerando como marco temporal inicial o nascimento dos regimes constitucionais no início do século XIX: os regimes constitucionais alteraram os fundamentos jurídicos da função pública, de forma que o empregado público deixou de ser encarado como um servidor pessoal da Coroa, para assumir o papel de funcionário do Estado, ente impessoal regido por leis⁴⁸³.

Jesús Angel Fuentetaja Pastor e José Ramón Parada Vásquez apresentam uma interessante análise sobre a trajetória da burocracia pública moderna - burocracia, nesse caso, conceituada como organização de conjuntos de pessoas ao serviço dos poderes públicos. Passa-se a relatá-la brevemente.⁴⁸⁴

O nascimento da burocracia pública moderna com um regime jurídico diferenciado do regime jurídico comum (o qual até então era o do contrato civil de arrendamento de serviços, já que o nascimento do direito do trabalho só ocorre no século XX) não foi simples - em alguns casos, a burocracia foi imposta de forma autoritária (como na França, por Napoleão), em outros teve que ser implantada superando uma forte resistência apresentada pelo pensamento liberal da época, que não era favorável à ideia de uma burocracia pública permanente e estável compartilhando o poder político. Isso porque os liberais enxergavam

⁴⁸² A título de exemplo: ARAÚJO, **Negociação coletiva dos servidores públicos**, p. 45 e ss; MORÓN, **Derecho de la función pública**, *ebook* (mas o autor afirma que a aparição e o desenvolvimento da burocracia profissional se vincula ao nascimento e consolidação do Estado Moderno).

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ Dessa forma, salvo indicação em contrário, os parágrafos seguintes são escritos de acordo com as lições de Jesús Angel Fuentetaja Pastor e José Ramón Parada Vásquez apresentados nos dois primeiros tópicos do primeiro capítulo da obra **Derecho de la función pública**, 1. ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017.

na estabilidade dos empregos - base fundamental de toda organização burocrática - o risco de uma espécie de "apropriação" antidemocrática dos cargos públicos por esse grupo de funcionários inamovíveis; além disso, em uma época em que não havia nem financiamento público para atividades políticas nem sequer partidos políticos, os empregos públicos eram o único elemento de barganha possível para se agraciar aqueles que haviam apoiado os vencedores das eleições, o que restava inviabilizado pela implementação de empregos públicos permanentes. No ideal liberal não havia a necessidade de se regular os empregos públicos, devendo se deixar à livre disposição do governante da vez o preenchimento dos cargos. No entanto, esse quadro fático não era uniforme em toda a Europa. Em sentido flagrantemente oposto, o pensamento prussiano não só aceitava a burocracia como a enxergava como o melhor modo de governo e de administração, de forma que o sistema não era ali combatido, mas exaltado (para o assombro do restante da Europa). Daí que a Prússia apresentou à Europa uma forma política peculiar denominada "Estado de funcionários"⁴⁸⁵, que, posteriormente, foi adotada também pela França, marcando o início da era contemporânea.

Noutras palavras, ao longo do século XIX, mesmo frente a toda resistência antiburocrática trazida pelo pensamento liberal, existiu uma conjuntura fática que possibilitou a aceitação de um modelo de função pública que levou ao funcionário inamovível - algumas das causas que tornaram possível essa evolução: (i) inicialmente, França, Espanha, Itália e Bélgica adotaram em suas Constituições o princípio de mérito e capacidade como regra para o acesso aos cargos públicos, o que tornava juridicamente inviável ou, ao menos, dificultava o clientelismo, a possibilidade de nomeações e dispensas discricionárias, afastando-se, portanto, do *spoils system* americano - prática segundo a qual o vencedor das eleições destinava os cargos no governo a seus partidários, como retribuição pelo apoio dado na eleição (lembrando que na Constituição americana de 1787 a previsão era de livre designação presidencial dos cargos públicos não eletivos); (ii) a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 6º, previa de forma nivelada o princípio representativo (todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoal ou através de mandatários, para a formação da lei) e o princípio do mérito e da capacidade (todos os cidadãos são iguais aos olhos da lei e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos)⁴⁸⁶; e (iii) contar com uma sólida e eficiente burocracia era

⁴⁸⁵ Sobre esse contexto, veja-se: ARAÚJO, **Negociação coletiva dos servidores públicos**, p. 71.

⁴⁸⁶ *Verbis*: artigo 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

um fator imprescindível para a implantação de uma administração moderna; além disso, como exposto, o sistema de função pública também possibilitava neutralizar a Administração de uma eventual apropriação pelos partidos, risco inerente ao modelo liberal do *spoils system*. Assim, a realidade acabou prevalecendo e os liberais terminaram por reconhecer a necessidade e a legitimidade de uma burocracia selecionada em razão do mérito e com vocação de permanência.

E se no século XIX houve o surgimento e a consolidação de distintos modelos de função pública (de acordo com a história e a cultura jurídica de cada país), no século XX, esses sistemas, ainda que sem perder muitas de suas características próprias, caminharam para uma certa aproximação - e o principal fator responsável por esse movimento de convergência foi a implantação, em todo o ocidente, do Estado Social.

Como é sabido, o Estado Social gerou um novo tipo de demanda estatal, uma vez que a sociedade passou a requerer uma postura diferente do Estado, menos abstencionista e mais ativa, no sentido de concretização dos direitos sociais. Por evidente, para garantir o atendimento a essa demanda houve a necessidade de um maior desenvolvimento do aparato administrativo e das funções que lhe eram atribuídas. Assim, as tradicionais funções de regulação e de polícia (associadas ao exercício de autoridade) foram complementadas com a prestação de diversos serviços, com a cooperação com a sociedade e com a produção de bens e serviços em regime de empresa (inclusive, muitas vezes competindo com as empresas privadas). Esse novo contexto produziu algumas mutações que atingiram a função pública: (i) levaram ao aparecimento de novos grupos de empregados públicos, cada vez mais heterogêneos (profissionais, técnicos, trabalhadores manuais), muitos dos quais realizavam atividades que em nada se diferenciavam de atividades que poderiam ser exercidas no setor privado⁴⁸⁷; (ii) a maior disseminação das ideologias igualitárias e democráticas fez com que muitos funcionários assumissem sua condição primária de cidadãos e trabalhadores por conta alheia, tentando aproximar suas condições de emprego, suas concepções laborais e suas reivindicações à dos trabalhadores da empresa privada; (iii) as Administrações Públicas alcançaram uma importância econômica e social tamanha (em alguns países europeus chegaram a representar mais da metade do PIB), que a preocupação com a eficácia e eficiência administrativa tomou assento na agenda de prioridades.⁴⁸⁸

⁴⁸⁷ Florivaldo Dutra de Araújo (**Negociação coletiva dos servidores públicos**, p. 72 e 73) cita ainda, como consequência desse aumento do número de servidores, o surgimento de uma série de diferenciações entre eles, dentre elas, a que separa, de acordo com a natureza das atividades exercidas, funcionários superiores e funcionários subalternos: "Aqueles executam as funções ditas de *soberania*, ligadas à manutenção da defesa externa, da ordem interna e realização das grandes diretrizes políticas, enquanto os subalternos cuidam da prestação de serviços e atividades comerciais e industriais do estado."

⁴⁸⁸ MORÓN, **Derecho de la función pública**, ebook.

Essas transformações, por consequência, impactaram o regime jurídico do emprego público⁴⁸⁹: (i) a diversificação dos regimes aplicáveis aos empregados públicos, deixando de ser evidente a aplicação do regime estatutário a todos os casos, admitindo-se que parte dos trabalhadores fosse contratada por meio de contratos laborais especiais; (ii) mesmo onde o regime estatutário foi mantido, sua impregnação por boa parte do conteúdo do direito do trabalho, democratizando-o, especialmente, fazendo-o compatível com as liberdades públicas dos funcionários (com poucas exceções justificáveis por razões funcionais).⁴⁹⁰

Mas, ainda assim, mesmo com esse processo de aproximação, o **regime da função pública manteve suas peculiaridades com relação ao regime laboral** - e isso se justifica porque, mesmo com toda essa convergência, há características essenciais que mantêm a função pública díspar da atividade privada. A mais central delas é o fato de que na função pública em um dos pólos da relação jurídica está a Administração Pública, atraindo, portanto, toda uma gama de regras de direito público que devem reger essa relação.

1.4. A natureza jurídica do vínculo funcional

Muito embora existam inúmeras teorias sobre qual a natureza jurídica do vínculo que liga o Estado a seus agentes, desde meados do século XX a doutrina vem abandonando a busca por uma teoria única (*mais correta*) por entender que, esse vínculo varia quanto à sua natureza no tempo e no espaço e pode inclusive variar no mesmo tempo, sendo normal a convivência de vínculos de naturezas diferentes.⁴⁹¹ Faz-se necessário, pois, conhecer essas teorias (ao menos as principais) - vai-se a elas, brevemente⁴⁹².

⁴⁸⁹ Miguel Sánchez Morón (*Ibid.*) alerta, entretanto, que nem todos os efeitos ocorreram com a mesma intensidade e da mesma forma em todos os países; inclusive em sua explanação, desce a detalhes apresentando algumas diferenças nos mais diferentes ordenamentos. Em razão do objetivo e dos limites deste trabalho, optou-se por apresentar os efeitos de forma geral, apenas para se contextualizar o assunto, sem descer às minúcias; deixando-se consignado, portanto, que os efeitos apresentados não foram uniformes em todos os Estados.

⁴⁹⁰ *Ibid.* Nesse sentido, o autor cita como exemplo o reconhecimento do direito de sindicalização (que por muito tempo foi entendido como incompatível com a prossecução do interesse geral e com a hierarquia administrativa) e o direito de greve aos sujeitos que fazem parte da função pública, concluindo ao final que, quanto ao exercício de direitos cidadãos, o regime de emprego público e emprego privado experimentaram um processo de convergência. Na opinião de Florivaldo Dutra de Araújo (**Negociação coletiva dos servidores públicos**, p. 75) o direito de sindicalização e o direito de greve marcam a crise da tradicional concepção estatutária, segundo a qual os direitos e obrigações dos funcionários são estabelecidos unilateralmente pelo estado (entretanto, o autor ressalta que o fenômeno sindical no âmbito do serviço público tem alcance e efeitos diferentes daqueles que ocorrem no âmbito do direito privado).

⁴⁹¹ NETTO, **A contratualização da função pública**, p. 1.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 1 a 10. Para essa apresentação das principais teorias, segue-se o roteiro adotado por Luísa Cristina Pinto e Netto - a autora apresenta classificação mais geral, sem descer a tantas subclassificações, como faz, por exemplo, Florivaldo Dutra de Araújo (**Negociação coletiva dos servidores públicos**, p. 77 a 102), que elabora minucioso estudo sobre as mais diversas correntes e suas subdivisões. No entanto, em razão do objeto e dos limites deste estudo, optou-se por seguir uma

A primeira grande categorização possível divisa as teorias que consideram o vínculo como de direito público daquelas que o consideram como de direito privado⁴⁹³. Segundo as **teorias do direito privado**, o vínculo funcional se forma exatamente pelos mesmos elementos que um contrato: livre consentimento, capacidade de contratar e objeto lícito - assim, servir ao Estado não é uma obrigação legal, mas um ato de vontade do indivíduo (que busca desempenhar o serviço público) e do Estado (que aceita aquela solicitação).⁴⁹⁴ As **teorias do direito público**, por outro lado, entendem que o direito privado é incompatível com o exercício das prerrogativas de autoridade, de forma que o vínculo funcional só pode ter natureza de direito público - dividem-se em teorias *contratualistas* e *unilateralistas*, pois divergem em caracterizá-lo como um contrato ou como um ato unilateral, de acordo com o relevo conferido à autonomia do particular na formação e no desenvolvimento desta relação (lembrando que via de regra, os indivíduos ingressam na seara estatal como agentes públicos por meio de um ato estatal unilateral: a nomeação)⁴⁹⁵: (i) para os *contratualistas*, o vínculo

visão mais geral, eventualmente complementada em alguns pontos por informações adicionais que se entendeu pertinentes.

⁴⁹³ Florivaldo Dutra de Araújo (*Ibid.*, p. 99 e 100) cita ainda teorias mistas segundo as quais o vínculo da função pública conteria tanto elementos de direito público quanto de direito privado - em especial, estariam situados no âmbito do direito privado os direitos e obrigações pecuniários resultantes da relação funcional. No entanto, o autor aponta os entraves enfrentados à adoção desse entendimento (p. 100): "A grande resistência à aceitação dessas teorias originou-se na dificuldade que muitos encontraram em admitir que as obrigações pecuniárias do estado para com os funcionários pudessem ser constituídas no interesse destes, podendo vir a integrar-lhes o patrimônio e formar direitos adquiridos. Para os críticos das teorias mistas o vencimento não é contrapartida dos serviços prestados pelo funcionário, tal como ocorre nas relações trabalhistas privadas. Ao contrário, ele é estabelecido apenas no interesse da própria função pública, do estado, que necessita de agentes cuja atuação deve ocorrer em parâmetros de dedicação e dignidade que somente o vencimento, definido pelo poder público, pode garantir."

⁴⁹⁴ Estas teorias diferem-se entre si quanto à caracterização do objeto da relação contratual, podendo ser divididas em: (i) teorias do direito real, segundo as quais contrato de função pública confere ao agente direitos e obrigações em torno de uma coisa e as (ii) teorias de direito pessoal, que, ao contrário, entendem que o vínculo com o Estado cria apenas direito e obrigações pessoais recíprocas. Florivaldo Dutra de Araújo (*Ibid.*, p. 81 a 86) destaca que, dentre as teorias do direito real, algumas expõem o vínculo da função pública como posse (explicando o contrato da função ou como contrato precário ou como uma doação ou como uma locação de coisa) e outras como propriedade (ou seja, entendem que o vínculo formado em relação ao ofício público é de propriedade). Já com relação às teorias do direito pessoal, apresenta a seguinte subdivisão: (i) teoria do mandato, segundo a qual entre o funcionário e o estado haveria um contrato de mandato, sendo o poder público o mandante e o servidor o mandatário; (ii) teoria da locação de serviços, que classifica a função pública como uma locação dos serviços do indivíduo ao estado (entendida cabível especialmente para os funcionários exercentes de atribuições não típicas do poder público); (iii) teoria da gestão de negócios, cuja aplicação seria restrita às hipóteses extraordinárias em que não era possível a caracterização da função pública como mandato ou contrato de prestação de serviços (como, por exemplo, uma circunstancial atuação do agente público fora de suas competências regulares); (iv) teoria do contrato especial ou inominado, segundo a qual na relação função pública haveria um contrato de direito privado, mas que não se assemelhava a nenhum dos até então existentes, definidos em lei; (v) teorias analíticas ou complexas, que atribuem à relação entre o servidor e o Estado não apenas uma natureza específica, mas uma combinação de diferentes figuras existentes.

⁴⁹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello (**Curso de direito administrativo**, p. 316 e 317) lembra que a nomeação é a única forma de provimento originário dos cargos públicos no Brasil, nos termos do artigo 8º da Lei nº 8.112/90 - todas as demais formas de provimento ali previstas são derivadas. No entanto,

funcional se caracteriza como um contrato *sui generis* de direito público (uma vez que se refere ao interesse público e tem o poder público como parte na relação contratual), entendendo que a previsão legal dos direitos e obrigações decorrentes deste contrato não altera sua natureza (o caráter contratual só seria afastado se a lei obrigasse o exercício da função pública, o que, em regra, não acontece) e que o fato da nomeação ser um ato unilateral não retira da relação seu caráter contratual, uma vez que o ato constitutivo da nomeação depende da aceitação do nomeado; (ii) para os *unilateralistas*, situar o interesse público como objeto de uma transação jurídica equivale a inferiorizá-lo, de forma que a nomeação é (e deve ser) um ato unilateral, pois é um ato de autoridade que confere ao agente prerrogativas especiais do poder público e que se perfaz independentemente da aceitação do nomeado (só se exige a aceitação para o exercício das funções, o que não altera a natureza unilateral do ato de provimento). Embora já tenha havido certa divergência quanto à natureza da relação criada no âmbito do direito público, hoje é pacífico que há a formação de um vínculo de direito pessoal (e não de direito real, como já se chegou a entender)⁴⁹⁶ que não se consubstancia em um contrato; no entanto, permanece a discussão sobre qual a natureza do fundamento desse vínculo pessoal, se uma coação legal ou se uma situação ou relação legal.

Os *unilateralistas* que defendem a existência de um *vínculo de natureza pessoal* em decorrência de uma *coação legal* entendem - especialmente a partir da ideia do contrato social - que haveria um dever (coação legal) de exercitar a função pública segundo as contingências estatais. Este seria um dever imposto a todos, mas em cada caso o Estado deveria escolher apenas os mais aptos; aos escolhidos, que passam a desempenhar a função pública, deveria haver um ressarcimento pelo Estado (assim como acontece em uma desapropriação, por exemplo), de forma a evitar a imposição de encargos de forma injusta e desigual entre os cidadãos. Como pressupõe que o vínculo funcional constitui uma verdadeira obrigação legal, a principal consequência da adoção desta teoria é a impossibilidade de extinção unilateral do vínculo, o que interfere sobremaneira na esfera da liberdade individual.

como é cediço, alerta que para que a relação entre o Estado e o nomeado se aperfeiçoe não basta que haja a nomeação, sendo necessária a posse (ato de aceitação do cargo e do compromisso de bem servir).

⁴⁹⁶ NETTO, **A contratualização da função pública**, p. 5 e 6; ARAÚJO, **Negociação coletiva dos servidores públicos**, p. 87 a 95. Com efeito, os *unilateralistas* que defendem a existência de um *vínculo de direito real* fundamentam-se em uma ideia, que vigorou durante o feudalismo e o estado patrimonial, de propriedade privada da função pública. A função pública era vista como uma coisa que se integrava ao domínio público e o ato de nomeação era entendido como uma concessão de parcela desse domínio em favor do agente, o qual passava a exercer sobre ela um direito real, direito de propriedade temporária (e excluído do comércio), regido por leis e regulamentos próprios. No entanto, a partir da consolidação do conceito de soberania do Estado essa tese perdeu sua sustentação, pois a função pública é ligada ao poder público e, logo, à soberania, não podendo mais ser entendida como um domínio transferível aos particulares. Os *unilateralistas* que defendem a existência de um *vínculo de natureza pessoal* baseiam-se na ideia de que não é possível constituir direitos *sobre* a função pública, mas somente *em relação a ela*.

Por outro lado, os *unilateralistas* que defendem a existência de um *vínculo de natureza pessoal* em decorrência de uma *situação legal* ou de uma *relação legal*, entendem que o indivíduo, salvo poucas exceções, apenas ingressa no serviço estatal por vontade própria, embora isso não dê origem a um contrato. Para essa doutrina, a função pública, na verdade, constitui um *vínculo legal especial*, cuja situação legal está estabelecida em um estatuto, construído a partir da ideia de que aquele cidadão, ao ser qualificado como funcionário, ingressa em um regime especial que lhe sujeita a deveres e lhe dota poderes absolutamente diferentes dos aplicáveis aos outros cidadãos. A consequência que se costuma apontar da adoção desta teoria é o maior estreitamento da submissão dos servidores ao Estado (tanto que há quem defenda sua aplicação apenas para os funcionários que exerçam tarefas próprias do poder público, que possuem prerrogativas de autoridade pública).^{497 498}

Segundo a teoria da situação legal a nomeação é um ato unilateral do Estado, que produz efeitos por si só, suficiente para constituir o vínculo funcional - embora se exija a manifestação de vontade do indivíduo quanto à sua aceitação em ingressar no serviço estatal (o que se daria com a posse), isso não tem o condão de transformar a relação em uma relação contratual. Ou seja, o ato de aquiescência do indivíduo com a nomeação pode até caracterizar um acordo, mas não do tipo contratual⁴⁹⁹, pois a manifestação de vontade nesse caso diz respeito apenas à aquiescência de se colocar sob uma determinada situação geral e abstrata,

⁴⁹⁷ ARAÚJO, **Negociação coletiva dos servidores públicos**, p. 97 e 98.

⁴⁹⁸ Nesse sentido já era a doutrina de Otto Mayer (**Derecho administrativo alemán. Tomo IV - Parte Especial.**, 2ª ed. (1904). Buenos Aires: De Palma, 1982, p. 43 a 49), segundo a qual, em resumo: (i) a incorporação do funcionário ao serviço profissional do Estado cria uma obrigação de servir segundo o direito público, em virtude do consentimento do obrigado e com o fim de lhe conferir uma função pública; (ii) quando se trata de exercer o poder público mediante atos de autoridade ou com medidas de coação, não seria possível que a vinculação se desse por meio de contrato de locação de serviços do direito civil (isso somente seria possível para certas prestações de caráter subalterno, ou seja, em caráter excepcional); (iii) a natureza jurídica do ato pelo qual se efetua a incorporação ao serviço público tem sido objeto de diferentes interpretações ao longo da história - antes da separação entre o direito privado e o direito público, era considerado um contrato ordinário do direito civil; com o regime de polícia, passou-se a entendê-lo como um ato unilateral; no entanto, a partir do Estado Constitucional, faz-se necessário reconhecer que a relação de serviço só pode ser criada com o consentimento do interessado; (iv) a questão de saber se esse consentimento formaria ou não um contrato chegou a ser objeto de forte controvérsia, embora todos estivessem de acordo em situar o ato e a obrigação de servir criada por ele no âmbito do direito público; (v) como um instituto de direito público, deve ser encarado a partir características desse tipo de instituto: a desigualdade jurídica dos sujeitos que nele intervém; (vi) diante dessa desigualdade jurídica, o que surte efeito no ato jurídico de incorporação ao serviço do Estado deve ser a vontade estatal, ou seja, o ato administrativo que contém a nomeação; o consentimento do súdito só tem o valor de uma condição a se observar (condição essencial para a validade do ato). (vii) portanto, trata-se de um ato administrativo e não de um contrato.

⁴⁹⁹ Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (**Manual de direito administrativo**, ebook): "Tratando-se de relação própria do direito público, não pode ser enquadrada no sistema dos negócios jurídicos bilaterais de direito privado. Nesse tipo de relação jurídica não contratual, a conjugação de vontades que conduz à execução da função pública leva em conta outros fatores tipicamente de direito público, como o provimento do cargo, a nomeação, a posse e outros do gênero. A conclusão, pois, é a de que o regime estatutário, como tem em vista regular a relação jurídica estatutária, não pode incluir normas que denunciem a existência de negócio contratual."

sobre a qual, em regra, não é chamado nem tem poderes para opinar. O acordo não atinge o conteúdo da relação formada - e nem poderia atingi-la - pois *este não se encontra à disposição como objeto de avença*⁵⁰⁰. Ademais, a relação que o Estado entabula com seus agentes advém da soberania estatal, forma-se por meio de um ato de soberania típico do direito público - logo não tem natureza contratual, já que o ato de soberania é um ato de império (até porque, nesse caso, o Estado também não poderia ficar à mercê da vontade do particular, como aconteceria caso se entendesse se tratar de um contrato). Dessa forma, para a teoria *unilateralista* da *situação legal*: (i) o ato administrativo de nomeação é suficiente para constituir o vínculo funcional público (ficando apenas alguns efeitos dependentes da aceitação do particular); (ii) a relação de função pública é vinculada à realização do interesse público; e (iii) a sua disciplina é estabelecida por meio de lei ou de regulamento, ou seja, de forma, unilateral, geral e impessoal (o que implica a existência de regramento uniforme para cada categoria de agentes e possibilidade a alteração desta situação a qualquer momento pelo legislador ou pela autoridade que detém o poder regulamentar).⁵⁰¹

Essa teoria *unilateralista*, que defende que a relação funcional constitui-se em um *vínculo de natureza pessoal* decorrente de uma *situação legal* (ou de uma relação legal) passou a ser considerada - de forma dominante, inclusive no Brasil - como a mais apropriada à Administração. É também conhecida como **teoria estatutária**.

É essa a teoria adotada no Brasil com relação aos servidores públicos, entendendo-se, pois que o vínculo que une o Poder Público e os titulares de cargos públicos não é contratual, mas estatutário, institucional⁵⁰². Nessa relação, o Estado se situa em posição de supremacia perante o agente, determinando (e alterando - ressalvadas as hipóteses constitucionais impeditivas) de forma unilateral as condições de prestação de serviço, de forma a atender o interesse geral⁵⁰³. Por essa razão é que os direitos que derivam desse regime não se incorporam de imediato ao patrimônio jurídico do servidor, como aconteceria caso a relação fosse contratual, pois os pressupostos de aquisição são diferentes (diz-se,

⁵⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**, 2a. ed., rev.atualizada e ampliada. São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 19. Logo adiante (p. 20 e 21), o autor prossegue justificando que nem todo acordo de vontades tem natureza contratual e que a situação da relação funcional não deve ser confundida com certos contratos de natureza privada, como os contratos de adesão.

⁵⁰¹ NETTO, **A contratualização da função pública**, p. 6 a 8.

⁵⁰² MELLO, **Curso de direito administrativo**, p. 263. Odete Medauar (**Direito administrativo moderno**, p. 275) lembra que o estatuto rege a situação tanto dos ocupantes dos cargos efetivos quanto dos ocupantes de cargos em comissão, mas também pode ser aplicado a servidores com outros tipos de vínculos: "O Estatuto rege a vida funcional dos ocupantes de cargos efetivos e vem regendo a vida funcional de ocupantes de cargos em comissão, quanto a estes, no que for compatível com esse tipo de cargo. No entanto, tornou-se comum associar regime estatutário a servidores ocupantes de cargo efetivo, para significar que, nesse regime, todos os servidores detêm cargos efetivos. Em alguns casos, certas normas do Estatuto são aplicadas a servidores com outro tipo de vínculo, em decorrência de previsão legal explícita ou de orientação administrativa."

⁵⁰³ NETTO, **A contratualização da função pública**, p. 9.

inclusive, que o servidor público não tem direito a que seja mantido o estatuto que existia quando de seu ingresso nos quadros da Administração⁵⁰⁴). Por outro lado, a Constituição e as leis⁵⁰⁵ conferem aos servidores públicos um conjunto de proteções e garantias para lhes assegurar as condições necessárias para uma atuação imparcial, técnica, livres de ingerências externas indevidas (políticas ou econômicas)⁵⁰⁶.

Ocorre que, como já se adiantou, especialmente após o advento do Estado Social, aconteceu uma nítida convergência entre o regime estatutário e o regime laboral, em um movimento que tem sido chamado de contratualização⁵⁰⁷ ou laboralização da função pública.⁵⁰⁸ Acima já se indicou, de forma geral, as justificativas para essa aproximação, quais sejam: as novas demandas decorrentes do Estado Social levaram ao desenvolvimento do aparato administrativo e produziram mudanças que atingiram a função pública, como o aparecimento de novos grupos de empregados públicos cada vez mais especializados; a difusão da ideia de que mesmo que inserido em uma relação funcional o indivíduo não perde sua condição (e logo, seus direitos) de cidadão⁵⁰⁹; o papel de centralidade que a Administração passou a ocupar na economia, que fez com que eficiência e eficácia se tornassem preocupações prementes. Essas transformações impactaram o regime do emprego público, tendo gerado sua diversificação, admitindo-se, pois, que parte dos empregados fossem regidos pelo direito trabalhista; e, mesmo nos casos em que se manteve o regime estatutário, impregnando-o de parte do conteúdo do direito do trabalho,

⁵⁰⁴ MEDAUAR, **Direito administrativo moderno**, p. 275.

⁵⁰⁵ José dos Santos Carvalho Filho (**Manual de direito administrativo**, ebook) lembra que uma das características do regime estatutário é a pluralidade normativa, pois os estatutos funcionais são múltiplos, já que cada pessoa da federação, desde que adote o regime estatutário para seus servidores, deverá ter sua própria lei estatutária para disciplinar a relação jurídica entre o ente e o agente (isso porque a autonomia de cada um dos entes federativos em relação aos demais abrange necessariamente o poder de organizar seus próprios serviços e seus servidores).

⁵⁰⁶ MELLO, **Curso de direito administrativo**, p. 264.

⁵⁰⁷ Essa é a expressão utilizada, por exemplo, por Luísa Cristina Pinto e Netto (**A contratualização da função pública**), já amplamente citada.

⁵⁰⁸ Expressão utilizada, por exemplo, por Ana Fernanda Neves (A relação jurídica de função pública e as suas particularidades, *in*: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da (Orgs.), **Direito Disciplinário Internacional**, Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 239 a 256).

⁵⁰⁹ Embora, em um primeiro momento, essa afirmação possa causar estranheza cabe lembrar que, conforme será desenvolvido no capítulo seguinte, houve um período na história em que se entendia que aqueles que prestavam serviços à Administração Pública sequer tinham direitos frente a seu empregador estatal - a título de exemplo, Otto Mayer (**Derecho administrativo alemán. Tomo IV - Parte Especial.**, 2ª ed. Buenos Aires: De Palma, 1982, p. 3), no início do século XX, definia a obrigação a serviço do Estado como uma obrigação de direito público em virtude da qual um súdito é obrigado a prestar ao Estado, com abnegação pessoal, uma certa espécie de atividade. Segundo o autor, o elemento característico desse tipo de relação, que a distinguia de todas as outras obrigações do gênero, é a força particular mediante a qual o Estado domina a pessoa, levando, portanto, a uma abnegação pessoal e a uma fidelidade ao serviço que se exigem que todos aqueles que estão obrigados a prestá-lo. Verifica-se, portanto, um caráter de absoluta prevalência do Estado na relação entabulada com o servidor - Otto Mayer sustenta inclusive que esse dever é *puramente moral*, sequer chegando a configurar uma relação de direito propriamente dita (a dominação estatal é tamanha que sequer há uma relação jurídica).

especialmente fazendo-o compatível com as liberdades públicas dos servidores.⁵¹⁰ No entanto, mesmo diante dessa aproximação entre o regime estatutário e o regime laboral, a especialidade do regime estatutário permanece, pois existem características que mantêm a função pública diferente da atividade privada, sendo a principal delas o fato de que na função pública um dos pólos da relação jurídica é ocupado pela Administração Pública, o que atrai toda uma gama de regras de direito público que devem reger essa relação.

Com efeito, a manutenção de um regime especial da função pública se justifica porque a Administração, na qual o funcionário exerce suas atividades, *não é e nem pode se equiparar* a uma empresa privada. Isso não quer dizer que a Administração não possa adotar técnicas de organização e de funcionamento das empresas privadas ou que, por sua natureza, seja incapaz de alcançar o mesmo nível de eficiência e eficácia que muitas empresas privadas (muito pelo contrário), mas sim que a Administração Pública é uma instituição que *se rege por certos elementos que fazem com que aqueles que a dirigem não possam atuar com a mesma autonomia da vontade com que atua o empresário privado*. E são exatamente esses elementos que determinam que as relações da Administração com seu pessoal sejam fundamentadas, ao menos em determinados aspectos, em princípios essenciais do direito público - como a legalidade, a igualdade, a imparcialidade, a proibição da arbitrariedade - e não apenas na eficiência e produtividade.⁵¹¹

Miguel Sanchez Morón apresenta uma série de premissas que corroboram a manutenção de um regime especial da função pública - as quais, embora pensados sob o contexto espanhol / europeu, retratam com precisão os problemas enfrentados também na realidade brasileira -; são elas: (i) esse regime jurídico diferenciado pauta a relação entre a área política e a área administrativa, servindo para equilibrar a vinculação entre os componentes do aparato administrativo e os órgãos políticos legitimamente eleitos - ao mesmo tempo em que protege a Administração do clientelismo, de sua eventual captura ilícita pela política (contra a possibilidade de invadi-la e substituir os funcionários por seus próprios correligionários) ou de sua utilização para fins pessoais (uma vez que a Administração deve executar seu mister com imparcialidade e eficácia, ao serviço de todos os cidadãos, sem levar em conta as pessoas e nem sofrer interferências partidárias), também confere os meios para que de forma legítima sejam cumpridos os programas de governo da área política⁵¹²; (ii) como

⁵¹⁰ MORÓN, **Derecho de la función pública**, ebook.

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² Nesse ponto, o autor (*Ibid.*) apresenta uma intervenção interessante (e provocativa), valendo a pena transcrever suas palavras, pedindo-se venia para uma livre tradução: Não obstante, o limite entre área e política e área administrativa não está determinado com precisão e é difícil de determinar. Mas ainda, a tentação de todos os políticos de alocar e promover o pessoal de sua estrita confiança é permanente, da mesma forma que a tentação dos funcionários de se assegurar um âmbito de relativa autonomia e, assim, aumentar seu poder de decisão. Aqueles aduzirão, então, que a legitimidade democrática que ostentam, e também a eficácia de sua ação, é justificativa suficiente para que se cerquem de quem

garantia da posição constitucional da Administração e em conexão direta com o princípio da igualdade, o regime especial a que se sujeita a função pública garante que só tenham acesso aos quadros da Administração aqueles mais capazes (independentemente da ideologia) e também permite assegurar que a carreira profissional dos sujeitos que compõem a função pública seja configurada de forma que a ascensão aos postos de maior nível e responsabilidade se dê por razões objetivas vinculadas ao mérito e à capacidade e garantir a imparcialidade dos empregados públicos no exercício do seu cargo (afastando tanto ingerências políticas - da situação ou da oposição - quanto ingerências privadas); (iii) o regime especial da função pública assegura a disciplina e a qualificação do empregado público, aspectos sem os quais a organização não pode ser eficaz.⁵¹³

Mas, além disso há ainda um outro elemento muito importante que parece justificar a necessidade de um regime especial da função pública: a posição que esses indivíduos ocupam na esfera organizatória da Administração, que os coloca em uma situação de proximidade muito grande com o Estado, muito maior que os demais administrados. Isso será melhor desenvolvido adiante - por ora, é importante reter, portanto, que **os servidores públicos, via de regra, ligam-se ao Estado por meio de uma relação jurídica submetida a um regime especial, à qual aplicam-se princípios de direito público - a relação jurídica estatutária.**⁵¹⁴

entendam ser conveniente. Estes apelarão, pelo contrário, à sua profissionalidade e à necessária estabilidade e continuidade dos serviços públicos, levantando a bandeira da luta contra discriminação por razões políticas e da eficácia administrativa *indiferente*. Na prática nem sempre é fácil perceber quando estes argumentos são utilizados com sinceridade ou quando encobrem outro tipo de pretensão, como de clientelismo ou de corporativismo. Mas o certo é que política e administração não podem se confundir, que cada âmbito da organização pública tem sua própria legitimação e que o difícil equilíbrio entre uns e outros princípios e interesses deve ser constantemente vigiado e restabelecido, em benefício do cidadão pois, o que não se deve esquecer é que são os cidadãos - e não os políticos nem os funcionários ou empregados públicos - os verdadeiros *maîtres* da Administração, que a mantêm com seus impostos e que têm direito a exigir dela o melhor serviço possível.

⁵¹³ *Ibid.*

⁵¹⁴ Vale ressaltar que no texto originário da Constituição Brasileira, o artigo 39 previa que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deveriam instituir, no âmbito de suas competências, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações. No entanto, essa redação foi alterada pela Emenda Constitucional nº 19/98 (EC 19/98) editada no contexto da "Reforma Administrativa" promovida pelo Governo Federal ao longo da década de 90 (Presidente Fernando Henrique Cardoso), com o intuito de flexibilizar o regime jurídico único. Assim, a EC 19/98 alterou a redação do caput do artigo 39 da Constituição e ao mesmo tempo, inseriu o artigo 247 no texto da Constituição, estabelecendo uma espécie de relação entre o regime estatutário e os servidores públicos encarregados de desenvolver as atividades exclusivas do Estado (podendo se retirar daí que, para os servidores que exercem esse tipo de atividade haveria obrigatoriedade de adoção do regime estatutário). Ocorre que, em janeiro de 2000, partidos de oposição ao governo da época (PT, PDT, PCdoB e PSB) ajuizaram, junto ao STF, ação direta de inconstitucionalidade (ADI 2.135) contra a EC 19/98. Dentre os diversos argumentos apresentados, um deles era de vício no processo legislativo, por não observância das regras procedimentais de votação de emenda constitucional. O STF iniciou a análise do pedido de medida cautelar em setembro de 2001 e o finalizou em agosto de 2007, tendo reconhecido a ocorrência de irregularidade no processo legislativo de aprovação da EC 19/98 - com isso, suspendeu a eficácia do texto do caput do artigo 39 que havia sido dado por aquela emenda. A cautelar foi concedida com efeitos ex nunc, tendo duas

2. OS SERVIDORES PÚBLICOS NA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO

2.1. Os poderes e os deveres funcionais na organização hierárquica administrativa

A hierarquia é considerada uma das marcas mais inconfundíveis da organização administrativa. Tradicionalmente, pode ser definida como um princípio de organização ou uma forma determinada de se estabelecer relações organizativas (na qual seus distintos elementos se estruturam em graus ou escalas de tal maneira que os inferiores ou subordinados estão submetidos às ordens, à fiscalização e à disciplina dos superiores)⁵¹⁵, como uma relação de subordinação entre autoridades maiores (subordinantes) e autoridades menores (subordinados) fixando a autoridade de cada um⁵¹⁶, aplicável ao ambiente administrativo de uma mesma pessoa jurídica⁵¹⁷.

Modernamente, as Administrações Públicas são complexos organizativos de dimensões consideráveis, integrados por múltiplos centros de decisões, que agregam centenas de pessoas - para garantir um funcionamento harmônico e coerente de todas essas estruturas, assegurar sua capacidade de resposta eficaz e unitária⁵¹⁸, é necessário que sua configuração interna esteja baseada em relações que assegurem a subordinação das

consequências imediatas: (i) reprimir o texto original do caput do artigo 39; (ii) preservar as eventuais leis que tivessem sido editadas instituindo regimes celetistas para órgãos da administração direta ou em autarquias ou fundações públicas até o julgamento do mérito da ação. Dessa forma, atualmente está em vigor a redação originária do artigo 39 da Constituição, que prevê a obrigatoriedade do regime jurídico único para administração direta, autárquica e fundacional.

⁵¹⁵ NIETO, Alejandro, La jerarquía administrativa, **Documentación Administrativa**, n. 229, p. 11 a 64, 1992. O autor relembra que a hierarquia não é a única forma pela qual as organizações podem se estruturar, mas é a mais difundida - em linhas gerais, uma organização hierarquizada coincide com um tipo ideal de organização burocrática (a burocracia se organiza hierarquicamente e a hierarquia se torna operacional por meio da burocracia).

⁵¹⁶ JÚNIOR, Fundamentos do direito administrativo.

⁵¹⁷ De fato, vale lembrar que a hierarquia é um princípio organizativo que rege, em regra, a organização da Administração Direta e as relações internas a cada um dos entes que compõem que a Administração Indireta, mas que não tem lugar nas relações entre Administração Direta e Indireta, as quais são marcadas por um tipo de controle diferente da hierarquia: a tutela. Maria Sylvia Zanella di Pietro (**Direito administrativo**, ebook) cita as principais diferenças entre tutela e hierarquia: (i) a tutela não se presume (só existe quando a lei a prevê); a hierarquia existe independentemente de previsão legal porque é um princípio inerente à organização administrativa do Estado; (ii) a tutela supõe a existência de duas pessoas jurídicas (uma exercendo o controle sobre a outra), existindo onde haja descentralização administrativa; a hierarquia existe dentro da mesma pessoa jurídica, relacionando-se com a ideia de desconcentração; (iii) a tutela é condicionada por lei, ou seja, só admite os atos de controle expressamente previstos; a hierarquia é incondicionada e implica uma série de poderes que lhe são inerentes.

⁵¹⁸ Inclusive afastando o subjetivismo de muitos agentes públicos na análise das questões estatais, que fatalmente leva a arbitrariedades. Nesse sentido, veja-se a crítica de Flávio Garcia Cabral (**Manifesto pelo fim do subjetivismo dos agentes públicos**, Consultor Jurídico, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-09/flavio-cabral-fim-subjetivismo-agentes-publicos>>, acesso em: 9 jul. 2020): "No exercício de uma função pública, os agentes estatais atuam conforme as determinações do sistema jurídico que os informa. Não há lugar para decisões pautadas em opiniões estritamente pessoais e subjetivismos. Critérios abstratos de justiça se mostram sempre os mais 'injustos'. As condutas públicas são limitadas pelo Direito. Não nos esqueçamos disso."

atividades de umas pessoas às outras e a recondução à unidade de todo o conjunto. Essas relações expressam, de forma geral, a ideia de hierarquia.⁵¹⁹

Mas, muito embora a ideia pareça intuitiva, o conceito de *hierarquia administrativa* não é unânime na doutrina, especialmente com relação aos poderes que a compõem.⁵²⁰

Na doutrina brasileira, Celso Antônio Bandeira de Mello define hierarquia como *vínculo de autoridade que une os órgãos e agentes, através de escalões sucessivos, numa relação de autoridade, de superior a inferior, de hierarca a subalterno*⁵²¹. No mesmo sentido, Odete Medauar afirma que a hierarquia é inerente à estrutura administrativa desconcentrada, ocorrendo quando há diferença de posição dos órgãos no escalonamento estrutural, de modo que o órgão superior, nas relações com o subordinado (*relação supremacia-subordinação*), exerce uma série de poderes aos quais o subordinado se sujeita (poderes de dar ordens, de controle, de rever os atos dos subordinados, de decidir conflitos de competência entre os subordinados e de coordenação)⁵²². Também Hely Lopes Meirelles cita que o poder hierárquico tem por objetivo ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas no âmbito interno da Administração Pública e que dele resultam faculdades implícitas para o superior (como dar ordens e fiscalizar o seu cumprimento, delegar e avocar atribuições e rever os atos dos inferiores.)⁵²³

Na doutrina espanhola, Juan Alfonso Santamaría Pastor leciona que: (i) a hierarquia é um critério de organização interna de cada uma das Administrações Públicas (não se operando, portanto, entre Administrações Públicas distintas); (ii) nem todos os órgãos internos se encontram integralmente vinculados por relações hierárquicas (os órgãos consultivos e assessores, os órgãos constituídos para tomar decisões de ordem técnica em regime de imparcialidade e aqueles que desempenham atividades puramente técnicas não podem estar submetidos, por razões óbvias, às decisões hierárquicas no que se refere ao conteúdo de sua atividade); e (iii) a hierarquia existente dentro da Administração tem caráter puramente orgânico, não pessoal - o poder de mando hierárquico se ostenta na medida em que uma pessoa é titular de um órgão superior, não em função de categorias pessoais.⁵²⁴

⁵¹⁹ SANTAMARÍA PASTOR, **Principios de derecho administrativo general I**, p. 108 e 109.

⁵²⁰ Para uma análise pormenorizada sobre as diversas teses e perspectivas por meio das quais a hierarquia é encarada, veja-se: OTERO, Paulo, **Conceito e fundamento da hierarquia administrativa**, p. 37 a 73. Vale citar ainda que a abordagem da questão hierarquia pode diferir entre os autores - enquanto alguns focam na hierarquia como forma de organização administrativa e, daí, apresentam os poderes do superior hierárquico como poderes decorrentes dessa forma de organização, outros reconhecem a existência de um poder hierárquico, que daria ao superior as faculdades de distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de agentes, estabelecendo uma relação de hierarquia e subordinação (sendo este último posicionamento bastante comum na doutrina brasileira).

⁵²¹ MELLO, **Curso de direito administrativo**, p. 154.

⁵²² MEDAUAR, **Direito administrativo moderno**, p. 49.

⁵²³ MEIRELLES, **Direito administrativo brasileiro**, p. 143 a 145.

⁵²⁴ SANTAMARÍA PASTOR, **Principios de derecho administrativo general I**, p. 109.

Na doutrina portuguesa, Marcelo Caetano, já na década de 1930, fundamentava a necessidade da organização administrativa prever figuras responsáveis por *dirigir* a atividade administrativa dos demais. Segundo o autor, considerando a quantidade de serviços públicos e sua variabilidade e complexidade, seria inviável que os governantes regulassem todas as condutas dos agentes públicos de forma pormenorizada, tentando prever todas as situações em que eles poderiam se encontrar, privando-os de iniciativa - se isso acontecesse, muito possivelmente os serviços careceriam de regularidade e atualidade, pois cada embaraço demandaria, para sua solução, um lento processo legislativo. Daí mostrar-se essencial que os serviços possam se adaptar às emergências de uma ação intensa, tenham a maleabilidade indispensável para que possam realizar os fins que se destinam a preencher através do desenvolvimento contínuo e progressivo de seus meios. Essa faculdade - que é da essência da Administração - no entanto, não pode ser conferida indistintamente a todos os agentes, sob pena de total falta de uniformidade, de integridade, de organização e de coordenação na atuação estatal. Isso mostra a necessidade de haver uma diferenciação de funções entre os agentes, acometendo, a alguns deles, o encargo de "viver a ideia do serviço", manter a unidade da organização e adequá-la à realização de seu fim - esses são os agentes denominados *superiores hierárquicos* (que se situam, pois, no topo da hierarquia administrativa e atuam na direção, inspeção, organização e supervisão do órgão).⁵²⁵

Paulo Otero, por sua vez, apresenta sua concepção de hierarquia, a partir das seguintes premissas: (i) a hierarquia administrativa é um fenômeno administrativo complexo, que não pode ser definido integralmente com base em um único elemento; (ii) à partida, a estrutura interorgânica de competência não traz qualquer elemento que integre a noção de hierarquia administrativa, pois a hierarquia se mostra compatível tanto com situações de identidade quanto com situações de diferenciação de competência entre os órgãos dependentes; (iii) o poder de direção é elemento essencial da hierarquia administrativa, mas não é seu elemento exclusivo, de forma que não há hierarquia administrativa sem poder de direção, mas pode existir poder de direção sem hierarquia administrativa; (iv) a hierarquia administrativa comporta uma supremacia da vontade do superior, à qual os subalternos se encontram sujeitos por um dever de obediência; (v) a hierarquia administrativa é um modelo

⁵²⁵ CAETANO, Marcelo, **Do poder disciplinar no direito administrativo português**, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1932, p. 1 a 3. Segundo o autor (p. 4), "a diferenciação entre superiores e subalternos caracteriza a organização hierárquica dos serviços públicos". Adiante (p. 24), explica: "Nos últimos escalões de subalternos, esses deveres podem referir-se a prática de actos materiais, de gestos automatizados, indispensáveis ao conjunto mas que nenhum nexos parecem ter com os altos propósitos que determinam serviço. (...) Mas, à medida que se ascende na hierarquia, a conexão entre as funções e o espírito informador do serviço vai aumentando, até chegar ao ponto em que a distinção não é possível, porque o agente personifica o interesse geral, procura compreender e acompanhar a evolução das necessidades colectivas que deve satisfazer para lhes amoldar, no aperfeiçoamento constante, os meios e processos usados."

de organização da Administração Pública, que só se verifica entre órgãos com atribuições comuns. Assim, a hierarquia deve se configurar como resultado conjunto de três elementos: (i) *aspecto estrutural*: a hierarquia é um modelo de organização vertical da Administração Pública; (ii) *natureza relacional do vínculo jurídico entre os órgãos superior e subalterno*: a hierarquia consubstancia uma relação jurídico-funcional entre uma pluralidade de órgãos da mesma entidade pública; (iii) *aspecto processual-decisório*: a hierarquia envolve um processo especial de decisão administrativa, decorrente de um órgão ter competência para dispor da vontade decisória de todos os respectivos órgãos subalternos. Daí se retira o conceito de hierarquia administrativa como **um modelo de organização vertical da Administração, por meio do qual se estabelece um vínculo jurídico entre órgãos da mesma pessoa coletiva, sendo que a um deles é conferida a competência para dispor da vontade decisória de todos os demais, os quais se encontram adstritos ao dever legal de obediência.**⁵²⁶

Paulo Otero destaca ainda que a hierarquia enquanto modelo de organização administrativa encontra-se vinculada ao *princípio da legalidade*, como corolário da consagração do Estado Democrático de Direito, e pressupõe desconcentração de competências, com integração dos órgãos hierarquizados na mesma pessoa coletiva, de onde surge uma relação orgânica intra-subjetiva. Mas, segundo o autor, a especialidade da relação hierárquica reside em dois fatores correlativos: **a supremacia de uma órgão sobre a atividade dos restantes (aspecto ativo) e a inerente subordinação destes últimos expressa no dever de obediência (aspecto passivo).**⁵²⁷

Em relação ao aspecto ativo da relação hierárquica, Paulo Otero indica os seguintes *poderes do superior hierárquico*⁵²⁸: (i) poder de direção; (ii) poder de controle, integrado pelos poderes: (a) de inspeção, (b) de supervisão e (c) disciplinar; e (iii) poder dispositivo de competência, formado pelos poderes: (a) de resolução de conflitos de competência, (b) de delegação e (c) de substituição primária ou de avocação.

⁵²⁶ OTERO, **Conceito e fundamento da hierarquia administrativa**, p. 75 a 77.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 95, 107 e 108.

⁵²⁸ Sobre os poderes, de forma geral, cite-se a doutrina de Ana Fernanda Neves (**O direito disciplinar da função pública - vol. II**, Tese de doutoramento, Universidade de Lisboa - Faculdade de Direito, Lisboa, 2007, p. 7 e 8): “O elemento singular do poder reside, de forma mais abrangente, nos interesses aos quais está funcionalizado. O poder não é, para o seu titular, uma posição de vantagem, ao serviço dos seus interesses próprios ou pessoais (...) O poder, em maior ou menor medida, é vinculado quanto ao respectivo exercício. O poder é capacitário e funcional, predeterminado por uma função, ordenado à prossecução de outros interesses. A «deverosidade funcional» do poder constitui um seu limite jurídico intrínseco. Esta inteira heteronomia de fins e interesses é alheia ao direito subjectivo e, mesmo, em termos de grau ou extensão, ao poder-dever (privado). O poder administrativo organiza subjectivamente a prossecução activa dos interesses públicos e é, frequentemente, assistido pelo privilégio de execução prévia. Os órgãos administrativos que corporizem o empregador público devem agir de acordo com as vinculações jurídicas inerentes.”

O **poder de direção (i)** consiste na faculdade de o superior hierárquico emitir comandos vinculativos a todos os órgãos subordinados⁵²⁹, os quais podem ser específicos para uma situação concreta e individualizada (ordens) ou terem aplicação generalizada e abstrata para situações futuras (instruções) ou ainda, apenas direcionar a atividade dos subalternos, conferindo-lhes uma maior liberdade de atuação - essas faculdades, que se aplicam a todas as atividades dos subalternos, colocam o poder de direção em posição central na caracterização da hierarquia. Por meio desses comandos, o superior pode planificar, organizar, comandar e coordenar a atividade administrativa de seus subalternos (uma espécie de faculdade geral de ingerência)⁵³⁰. Entretanto, o poder de direção, via de regra, não é o fundamento exclusivo dos comandos hierárquicos, uma vez que essa faculdade normalmente encontra-se plasmada em uma norma jurídica (que geralmente fixa a competência de seu autor), a qual também funciona como seu fundamento; ademais, a obrigatoriedade de tais comandos também pode ser retirada da norma que determina aos seus destinatários o dever de obediência hierárquica. Dessa forma, é possível dizer que o fundamento direto dos comandos hierárquicos, em regra, é jurídico-normativo.⁵³¹

O **poder de controle (ii)** é exercido pelo superior hierárquico sobre os atos e as atividades dos órgãos e entidades subordinadas - trata-se de controle hierárquico, que pode inclusive ser exercido de ofício, como resultado do próprio modo de funcionamento da estrutura hierarquizada.⁵³² É composto pelos poderes de inspeção, de supervisão e disciplinar. O *poder de inspeção* (ii.a) confere ao superior hierárquico a possibilidade de fiscalizar o cumprimento da legalidade em geral, a conveniência e a oportunidade das

⁵²⁹ Nesse mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles (**Direito administrativo brasileiro**, p. 144) destaca que: "A submissão hierárquica retira do inferior a atuação política, isto é, despoja o subordinado da ação de comando, permitindo-lhe, tão somente, agir no estrito âmbito de suas atribuições específicas. Ao chefe do órgão executivo é que incumbe tomar as resoluções políticas, no sentido da escolha do objeto, dos meios e da oportunidade mais convenientes à consecução dos fins governamentais, que devem tender sempre para o bem comum."

⁵³⁰ Esses comandos hierárquicos podem ser declaratórios, quando se limitam a reproduzir a lei (caso em que a obrigatoriedade de cumprimento resulta diretamente da lei, sendo o comando mera repetição da vinculação legal) ou constitutivos, quando possuem elemento inovatório na concretização de espaço de discricionariedade demarcado pela lei (nesse caso, o comando serve como um limitador do espaço de discricionariedade dos órgãos subalternos) - mas, em ambos os casos, têm natureza jurídica, pois detêm fundamento jurídico e são suscetíveis de produzir efeitos jurídicos.

⁵³¹ *Ibid.*, p. 109 a 113, 117, 122 127, 129. Além disso, relembra o autor que os comandos hierárquicos são passíveis de gerar efeitos jurídicos como: (i) concretizar o dever de obediência abstratamente previsto na lei, criando uma obrigação jurídica específica ao determinarem algum comportamento aos subalternos; (ii) funcionar como meio de formação de atos jurídicos, quando os autores destes atos tiverem sua vontade condicionada pelos comandos (que limitam o poder discricionário dos subalternos); (iii) poder provocar ao menos dupla atuação sancionatória em caso do descumprimento - responsabilidade disciplinar e responsabilidade penal. E, apesar de serem atos eminentemente internos do Estado, os comandos hierárquicos podem produzir efeitos externos reflexos, obrigando seu cumprimento até serem invalidados ou retirados do ordenamento (o que ocorre, especialmente, em razão do poder de autotutela da Administração).

⁵³² MEDAUAR, **Direito administrativo moderno**, p. 49.

atividades desenvolvidas pelos subalternos (fiscalização de legalidade e de mérito); verificar a obediência e o cumprimento dos comandos hierárquicos pelos subordinados; conhecer a globalidade dos fatos referentes ao funcionamento dos serviços colocados sob sua direção e o comportamento dos seus subordinados; solicitar informações aos serviços dependentes, proceder a exames e vistorias nos próprios serviços; controlar o previsto *versus* o realizado; conhecer os desvios de execução e suas respectivas causas e daí extrair lições para uma atuação futura mais eficaz, além de conseguir verificar as situações que requerem providências imediatas. Os elementos apurados pelo superior hierárquico por meio do poder de inspeção podem levar ao uso das outras faculdades de controle.⁵³³ O *poder de supervisão* (ii.b) confere ao superior hierárquico a faculdade de revogar, modificar ou suspender, total ou parcialmente, os atos praticados pelo subalterno. Pode ser exercitado de ofício pelo superior ou provocado pelo interessado, por meio de recurso administrativo, podendo se fundamentar, em ambos os casos em razões estritamente jurídicas (supervisão de legalidade) ou em razões de oportunidade e conveniência (supervisão de mérito). Funciona, pois, como um controle repressivo das atividades dos subalternos, permitindo a correção dos desvios de execução.⁵³⁴ O *poder disciplinar* (ii.c) confere ao superior hierárquico a faculdade de, verificada a prática de irregularidades, aplicar sanção ao infrator⁵³⁵. É consequência necessária da hierarquia e do poder do Estado de se organizar internamente⁵³⁶, uma competência de controle subjetivo do superior face aos subalternos, funcionando como garantia da relação hierárquica (assegura o cumprimento do dever de obediência aos comandos superiores), podendo ser enxergado como um corolário lógico do poder de direção. No entanto, além disso, o poder disciplinar, que pode incidir diretamente sobre a esfera jurídica do subalterno, determina que este cumpra a legalidade em geral e concretize o dever de boa administração.⁵³⁷ Dado o especial interesse desse assunto para o presente estudo, ele será analisado de forma mais detalhada adiante.

⁵³³ OTERO, **Conceito e fundamento da hierarquia administrativa**, p. 135 a 137. Nas palavras de Marcelo Caetano (**Do poder disciplinar no direito administrativo português**, p. 3): "Mas para que tal direcção seja eficaz, carece o dirigente de poder fiscalizar o modo como as suas determinações são cumpridas e bem assim de saber onde e quando a sua intervenção esclarecedora e unificadora se torna indispensável: junta-se assim ao primeiro poder um outro, o poder de inspeção."

⁵³⁴ OTERO, **Conceito e fundamento da hierarquia administrativa**, p. 137 e 138. Marcelo Caetano (**Do poder disciplinar no direito administrativo português**, p. 4) denomina esse poder do superior hierárquico como "poder de superintendência".

⁵³⁵ Hely Lopes Meirelles (**Direito administrativo brasileiro**, p. 145) defende que o poder disciplinar, embora correlato ao poder hierárquico, não se confunde com ele - segundo o autor, consiste em "uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento que passam a integrar definitiva ou transitoriamente."

⁵³⁶ SANTAMARÍA PASTOR, **Principios de derecho administrativo general I**, p. 803.

⁵³⁷ OTERO, **Conceito e fundamento da hierarquia administrativa**, p. 138 a 140. Adiante (p. 148 a 153) o autor destaca que a *hierarquia perfeita* pressupõe a existência do poder de direção e do poder de controle: "a eficácia do poder de direcção encontra-se dependente da faculdade de o superior

O superior hierárquico possui, por fim, **poderes dispositivos de competência (iii).**, que lhe conferem a faculdade de dispor da competência dos subalternos. O primeiro deles é o *poder de resolução de conflitos de competência* (iii.a), sejam positivos sejam negativos, o qual pode ser exercido por iniciativa do próprio superior hierárquico ou a pedido de qualquer um dos envolvidos no conflito. O segundo é o *poder de delegação*⁵³⁸ (iii.b) que se consubstancia na faculdade atribuída legalmente a um órgão (delegante) de escolher entre duas formas legais de prosseguir parte de sua competência (poderes delegáveis): exercendo-a em exclusivo ele próprio ou permitindo que outro órgão (delegado) a exerça em concorrência, por meio de um ato de delegação.⁵³⁹ Por fim, o superior hierárquico também tem *poder de substituição primária ou de avocação* (iii.c), que lhe permite praticar um ato em concreto ou exercer uma fração de poderes integrantes da competência normal do subalterno, verificadas determinadas circunstâncias.^{540 541}

O **aspecto passivo da relação hierárquica** consiste, como já adiantado, na existência de um **dever de obediência** (um dos deveres funcionais do subalterno), que se

controlar os actos emanados pelo subalterno (: poder de supervisão) e da possibilidade de punir os agentes desrespeitadores ou negligentes na execução dos comandos hierárquicos (: poder disciplinar). Ora, tudo isto só é possível através de um poder inspectivo." Segundo o autor, caso o superior disponha de mero poder de direcção, mas não possua todos ou nenhum dos poderes de controle sobre a atividade e a pessoa do subalterno, estar-se-ia diante de uma *hierarquia enfraquecida*: "Com efeito, de pouco serve o poder de direcção se o superior não é assistido de um conjunto de poderes que lhe permitem controlar a obediência aos respectivos comandos hierárquicos: revogando ou substituindo os actos desconformes dos subalternos e punindo-os pelo desrespeito activo ou omissivo às ordens e instruções. Consequentemente, a falta do poder de supervisão e do poder disciplinar tornam o poder de direcção uma mera fachada. Em tais situações - excepcionais -, a hierarquia diz-se enfraquecida ou debilitada." Por fim, nos casos em que, em uma relação inter-orgânica, falta poder de direcção, embora um dos órgãos tenha a faculdade de revogar ou modificar os atos praticados por outro órgão são casos em que, na verdade, inexistente qualquer hierarquia, sendo denominados de *hierarquia imprópria* ou *falsa hierarquia*.

⁵³⁸ Destaca-se entretanto que o poder de delegação não é exclusivo de uma estrutura hierarquizada nem decorre automaticamente desta - pode existir inclusive entre órgãos não hierarquizados, sendo necessário verificar se não há qualquer impedimento legal para a delegação, especialmente se o ato que se pretende delegar não se encontra no rol daqueles em que a lei expressamente proíbe a alteração da competência. Nesse sentido, veja-se os artigos 12 e 13 da Lei nº 9.784/99, que trazem, respectivamente, a regra geral de delegação e as hipóteses em que é vedada.

⁵³⁹ No ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do artigo 14 da Lei nº 9.784/99, exige-se que o ato de delegação seja publicado em meio oficial, devendo especificar exatamente quais as matérias e os poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação, bem como o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada. A delegação pode ser revogada a qualquer tempo pela autoridade delegante, sendo necessária a publicação da revogação também em meio oficial.

⁵⁴⁰ OTERO, **Conceito e fundamento da hierarquia administrativa**, p. 147. Odete Medauar (**Direito administrativo moderno**, p. 49) ainda cita como um poder do superior hierárquico - especialmente em função das previsões dos artigos 6º, II e 8º do Decreto-Lei nº 200/67 - o poder de coordenação, que é a faculdade de o superior hierárquico exercer atividades buscando harmonizar a atuação dos vários órgãos que lhe são subordinados, principalmente para assegurar integração no cumprimento dos encargos e para evitar dispersão e desperdícios.

⁵⁴¹ Nos termos do artigo 15 da Lei nº 9.784/99, no ordenamento jurídico brasileiro, a avocação de competência é permitida em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, apenas em caráter temporário e em estrutura hierarquizada.

expressa na obrigação de acatar e cumprir as ordens e instruções do superior (podendo ser enxergado, pois, como contraponto ao poder de direção). O dever de obediência garante que a mensagem administrativa contida nos comandos hierárquicos seja corretamente transmitida, assegurando, portanto, a eficácia do poder de direção. Daí que implica a negação ao subalterno da faculdade de apreciar valorativamente o mérito do comando hierárquico, ou seja, de discutir sua conveniência e oportunidade (já que, segundo Paulo Otero, os subalternos não possuem competência para substituir o juízo de interesse público formulado pelo superior e consubstanciado na ordem ou na instrução) - em consequência, razões de mérito do comando hierárquico não podem servir de fundamento para a cessação do dever de obediência a esse comando e, em razão disso, isenta o órgão subalterno de responsabilidade decorrente da execução legal da ordem. Dessa forma, a princípio, um comando hierárquico legal tem eficácia plena, gerando um dever de obediência ilimitado aos seus destinatários. A situação é diferente, no entanto, quando o comando hierárquico é ilegal, pois coloca o subordinado na situação de escolha entre obedecer uma ordem ilegal ou obedecer ao ordenamento jurídico e desobedecer o superior hierárquico (princípio hierárquico *versus* princípio da legalidade). Paulo Otero destaca que a doutrina tem apresentado múltiplas respostas para esse problema⁵⁴², muito embora entenda que, no espaço jurídico português, o dever de obediência só cessa quando o comando hierárquico for ilegal e determinar a prática de um ato punível criminalmente ou quando for nulo⁵⁴³. No âmbito do

⁵⁴² Sobre o tema, veja-se: Paulo Otero (**Manual de direito administrativo**, p. 159 a 163), que cita as correntes hierárquica, legalista e várias correntes cléticas.

⁵⁴³ OTERO, **Conceito e fundamento da hierarquia administrativa**, p. 153 a 169. Atentando para o arcabouço jurídico português, o autor (p. 169 a 183) afirma que existem três requisitos cumulativos para se verificar a existência do dever de obediência (segundo o autor, caso esses requisitos não estejam presentes o próprio comando hierárquico é juridicamente inexistente): (i) *requisito subjetivo*, segundo o qual o comando hierárquico deve ser proveniente do legítimo superior hierárquico do subalterno (e, como o requisito é a hierarquia e não a competência, o subalterno deve obediência mesmo às ordens e instruções viciadas de incompetência provenientes do seu superior hierárquico), de forma que não existe dever de obediência quando o comando for proveniente de um órgão ou pessoa não integrado juridicamente na Administração Pública ou de um órgão que não se integre no serviço do destinatário do comando ou de um órgão que não possua vínculo hierárquico com o destinatário do comando; (ii) *requisito objetivo*, segundo o qual o comando hierárquico deve incidir sobre matérias de serviço, ainda que sejam assuntos globais do serviço, ainda que face a tais matérias o superior e o subalterno não sejam legalmente competentes; (iii) *requisito formal*, segundo o qual o comando hierárquico deve respeitar a forma legalmente prevista, sob pena de não haver dever de obediência. E, a partir daí, considerando que o subalterno deve analisar todos esses aspectos para verificar a existência do dever de obediência, o autor conclui que existe no direito português um princípio geral que confere ao subalterno a faculdade de examinar a legalidade de ordens e instruções recebidas. No entanto, segundo o autor isso não significa que exista uma "competência de rejeição" dos comandos hierárquicos. Sendo assim, presentes todos os requisitos, caso o subalterno verifique que o conteúdo ou a execução do comando hierárquico determina a prática de atos contrários à lei, há que se constatar que: (i) cessa o dever de obediência caso a ilegalidade diga respeito à prática de um ato punível criminalmente (nesse caso, passa a existir o dever legal de desobediência), nos termos do artigo 271º, nº 3 da Constituição portuguesa; (ii) nos demais casos, a ilegalidade do comando hierárquico não cessa o dever de obediência (basicamente o raciocínio do autor é no sentido de que a norma constitucional expressamente exclui a obediência apenas em um caso de ilegalidade: quando o ato constituir crime). Mas, além disso, comandos hierárquicos nulos também não geram o dever de

ordenamento jurídico brasileiro, Hely Lopes Meirelles destaca que o dever de obediência cessa diante de ordens manifestamente ilegais, uma vez que a norma constitucional que assegura que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei garante ao subordinado o direito de não ser compelido pelo superior a praticar ato evidentemente ilegal.⁵⁴⁴ No mesmo sentido, Odete Medauar assevera que a ressalva ao atendimento aos comandos hierárquicos se justifica, via de regra, quanto a ordens manifestamente ilegais - no entanto, a autora entende ser necessário que o subordinado assim explique por escrito.⁵⁴⁵

2.2. Em especial, o poder disciplinar

Como exposto, o poder disciplinar faz parte do grupo de poderes de controle derivados do aspecto ativo da hierarquia⁵⁴⁶, conferindo ao superior hierárquico a faculdade de, verificada a prática de irregularidades, aplicar sanção ao seu autor.

Marcelo Caetano destaca que o poder disciplinar tem sua origem e razão de ser no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público - funciona como instrumento reparador, para os casos em que os agentes não consagram à função pública o cuidado, o zelo e o esforço intelectual necessários, buscando reintegrar o agente na plenitude de sua função, por meio de sanções que pessoalmente o corrijam; caso essa intervenção não funcione ou, se, logo de início, verificar-se que o funcionário não colabora com o serviço público ou não merece a confiança dos seus superiores ou é indigno de servir

obediência, de forma que fica excluído tal dever: (i) sempre que o conteúdo do comando for alheio ao poder administrativo ou consista em uma violação das regras de repartição de atribuições (incompetência absoluta); (ii) sempre que o objeto ou conteúdo do comando seja física ou juridicamente impossível, indeterminável, contrário à ordem pública ou ofensivo aos bons costumes; (iii) se a execução do comando determinar a violação ostensiva dos núcleo essencial dos direitos, liberdades ou garantias fundamentais; (iv) quando o comando hierárquico carecer de uma vontade juridicamente válida ou se traduzir em uma declaração não séria; (v) se o cumprimento do comando originar (com evidência) qualquer outro caso de nulidade, salvo tratando-se de inconstitucionalidade, ou existir uma situação excepcional de estado de necessidade administrativa.

⁵⁴⁴ MEIRELLES, **Direito administrativo brasileiro**, p. 143. No entanto, destaca o autor que a recusa ao cumprimento só é permitida para os casos em que os comandos se evidenciarem, ao senso comum, contrários ou sem base legal, não se admitindo em casos de mera discordância com o mérito - conveniência e oportunidade - do ato.

⁵⁴⁵ MEDAUAR, **Direito administrativo moderno**, p. 49.

⁵⁴⁶ Odete Medauar (*Ibid.*, p. 111), entretanto, relembra que o poder disciplinar pode não se exercer totalmente na linha hierárquica direta entre servidores ou entre órgãos - por exemplo, existem Administrações em que a apuração das faltas funcionais são realizadas de modo centralizado, em um órgão específico para essa atividade, não existindo linha hierárquica direta entre esse órgão e o servidor cuja suposta falta se apura; nesse caso, a hierarquia direta pode ocorrer no momento da decisão final do processo (no ato de absolver ou punir o servidor). A autora cita ainda que "um 'sentido' hierárquico existe no preceito muito difundido na Administração brasileira, segundo o qual somente servidores de igual ou superior grau hierárquico podem apurar faltas de outro e aplicar-lhe pena."

por incapacidade ou inadaptabilidade demonstrada é o instrumento para alijá-lo da função pública, cujo interesse se sobrepõe àquele que a ocupa.⁵⁴⁷

⁵⁴⁷ CAETANO, **Do poder disciplinar no direito administrativo português**, p. 25. Mais adiante (p. 26 a 47), no entanto, o autor destaca que a doutrina há muito esteve à procura de outros fundamentos para o poder disciplinar, citando os seguintes expoentes: (i) Laband, (ii) Jellinek, (iii) Berthélemy, (iv) Santi Romano, (v) Hauriou, (vi) Bonnard e Duguit. Passa-se a analisar brevemente cada um desses posicionamentos. **Laband (i)** reconhece que as sanções disciplinares são instrumentos do Estado para manter a boa ordem do serviço e assegurar a observância dos deveres prescritos, no entanto, constrói uma doutrina que se assenta sobre um contrato de direito público que seria celebrado entre funcionários e Estado, acordo de vontades que criaria uma relação especial de soberania e imporia ao funcionário deveres de serviço, obediência e fidelidade e ao Estado dever de proteger o funcionário no exercício de suas funções e (possivelmente) o remunerar. Desse conteúdo especial do contrato de trabalho resultaria que o funcionário que transgredir seu dever disciplinar, na verdade não viola um pacto, mas comete um delito, uma falta disciplinar; segundo Laband, as relações de dependência e autoridade presentes no contrato funcional não permitiriam que se recorresse aos tribunais para se exigir a execução do contrato, ou seja, o cumprimento das obrigações regulamentares dos cargos públicos (além disso, o Estado não trata com seus funcionários de igual para igual, razão pela qual a ação disciplinar terminaria sendo um substitutivo da ação de execução do contrato). As críticas a essa teoria especialmente dão conta de que a pena de demissão exclui toda a ideia de execução do contrato; ao que o autor respondeu que a ameaça de pena servia como meio de coação indireta. No entanto, Otto Mayer observou que admitir o argumento de Laband seria abandonar completamente o baldrame principal da teoria, uma vez que o meio de coação correspondente à ação judiciária de execução do contrato só poderia ser representada pela aplicação da pena e não pela atribuição às autoridades do poder de a aplicarem (única ameaça existente). Mas se se entender que basta essa única ameaça, isso quer dizer que pode se entender que todas as sanções penais constituem ameaças e devem ser encaradas como meio de constranger ao cumprimento do dever - no entanto, defender isso seria negar a distinção entre o direito penal e o direito disciplinar. **Jellinek (ii)** também parte da teoria contratual para apresentar sua explicação - o autor faz um paralelo entre a relação de emprego privada e a relação funcional, para chegar ao seguinte ponto: se ao patrão é lícito despedir seus empregados, só ao Estado é possível forçá-los a permanecer. E essa ideia é o ponto de partida de uma distinção essencial: todo o poder é condicionado pela vontade dos que lhe estão sujeitos e limitado no tempo, à exceção do poder soberano do Estado, que é incondicionado, irresistível e limitado somente por sua própria vontade (a característica do *imperium* - que gera relações sob o cunho da soberania - está na possibilidade de unilateralmente poder impor obrigações e compelir os súditos a cumpri-las). No direito disciplinar, a pena mais grave é a expulsão do serviço público, podendo o indivíduo sair da forma especial de associação a que pertence - daí dizer que o poder disciplinar se assenta em uma relação de autoridade e não de soberania. **Berthélemy (iii)** seguiu na França caminho semelhante ao de Jellinek - defendia que o direito disciplinar não é um ramo do *imperium*, só estando sujeito ao poder disciplinar da autoridade pública aquele que se colocou voluntariamente em situação de o sofrer. A crítica a esta teoria, em especial é que as funções públicas não são necessariamente de aceitação voluntária e de natureza contratual; dessa forma, seria um erro assentar qualquer explicação na necessária voluntariedade da aceitação e permanência no serviço público e, ainda que não fosse assim, o próprio Jellinek reconhece que quando os processos de direito privado são utilizados pelo Estado adquirem uma tonalidade especial, admitindo que nos serviços públicos existe uma certa unidade de regime jurídico, o que contraria a pretendida distinção entre relações de autoridade e de soberania. Em qualquer hipótese (prestando o serviço público de forma voluntária ou não), existem sempre atos de governantes no cumprimento do dever de gerir os serviços, utilizando os meios mais adequados e oportunos; além disso, no exercício do mesmo dever, adotam os processos de correção mais eficazes de acordo com a natureza da função ou até mesmo fazendo-os permanecer no serviço. **Santi Romano (iv)** entende que o poder disciplinar advém de uma relação constante ou periódica, permanente ou transitória, hierárquica ou não, de subordinação particular (diferente, pois, do poder punitivo, que tem origem no estado geral de sujeição). A crítica ao entendimento do autor italiano, no entanto, é que ele não explica porque o particular estado de sujeição origina e fundamenta o poder disciplinar e, ainda que tenha tentado fazer isso ao contrapor o poder disciplinar ao poder punitivo geral, esquece-se do problema suscitado pelos fatos puníveis criminalmente apenas em razão da subordinação particular, quais sejam, os crimes praticados pelos funcionários públicos no exercício de suas funções. Sobre o ponto, Marcelo Caetano pondera: "O poder disciplinar exerce-se no interesse do serviço: o estado particular de sujeição é uma condição, um limite, apenas, desse exercício."

O poder disciplinar é exercido, de forma principal, por meio do processo disciplinar, considerado em seu sentido amplo, que engloba a análise da denúncia quanto aos elementos mínimos para a instauração de um processo investigativo-punitivo disciplinar (bem como, por consequência, os procedimentos preliminares ou investigativos que permitam à autoridade decidir o juízo de admissibilidade de forma mais segura), os contornos desta investigação administrativa, as penas aplicáveis e os recursos cabíveis⁵⁴⁸

Ana Fernanda Neves elenca alguns limites ao exercício do poder disciplinar, categorizando-os como limites subjetivos, limites temporais e limites objetivos. Os *limites subjetivos* dizem respeito aos sujeitos da relação jurídica disciplinar, uma vez que o poder disciplinar tem atores bem definidos: o titular do poder se encontra em uma situação jurídica ativa daquele que pode fazer atuar a disciplina e que pretende que ela seja observada; o sujeito em relação ao qual o poder pode ser exercido situa-se em uma posição jurídica passiva de devedor do cumprimento dos deveres e obrigações da relação jurídica. O poder disciplinar distingue-se, especialmente, entre o poder de instaurar o procedimento disciplinar, o poder de realizar a instrução e o poder de punir, considerando-se que nem todos os órgãos aptos à ação disciplinar têm a mesma competência de atuação em diferentes fases do exercício do poder disciplinar. Os *limites temporais* dizem respeito à tempestividade e à oportunidade do

Hauriou (v) defende que o poder disciplinar se funda no direito peculiar aos grupos que se constituem dentro do Estado - há uma ideia de uma espécie de solidariedade social dentro das corporações, segundo a qual todos os membros dos corpos sociais são necessariamente solidários, de forma que as faltas de um recaem sobre todos e todos têm interesse em preveni-las e reprimi-las. Daí entender-se que o direito disciplinar teria uma finalidade de defesa dos interesses profissionais, inspirando-se no sentimento de dignidade corporativa e suas sanções teriam caráter mais moral e de correção do que repressivo e de coação. A crítica a essa corrente doutrinária é que ela pressupõe a existência de corporações de funcionários com interesses próprios, até mais preponderantes que os interesses do serviço ou suas funções; ou seja, critica-se um nítido caráter corporativista desse entendimento. **Bonnard (vi)** segue de perto a teoria anterior, entendendo que o direito disciplinar é o direito penal das corporações distintas do Estado e o direito disciplinar das funções públicas (que tendem a se organizar em corporações) é o direito penal das corporações funcionais. O poder disciplinar seria um poder punitivo estatal. A crítica a esse entendimento, além de manter o caráter corporativista, é que confunde o *ius puniendi* e o poder disciplinar. **Duguít (vii)**, por outro lado, retoma essa suposta diferenciação, para entender que toda a diferença entre a repressão penal e a disciplinar está no fato de que a última se exerce total ou parcialmente por meio de atos administrativos e não por atos jurisdicionais (como a primeira), mas a tendência de jurisdicionalização progressiva da repressão disciplinar terminará por eliminar essa mesma diferença e o direito disciplinar será absorvido pelo direito penal. A crítica a esta concepção é que ela não explica as profundas diferenças entre os dois tipos de repressão - por exemplo, como justificar a possibilidade de incidência de sanção disciplinar e penal em razão do mesmo fato? Além disso, a suposta tendência à jurisdicionalização do direito penal não é capaz de, por si só, destruir a diferença entre os fins de cada uma das repressões.

⁵⁴⁸ Marcelo Caetano (**Princípios fundamentais do direito administrativo**, p. 405) resume esses elementos do poder disciplinar em dois: a competência para exercer a ação disciplinar (possibilidade de promover a averiguação dos fatos que possam ser qualificados como infrações) e a competência para formar juízo sobre as infrações e, eventualmente, aplicar sanções. Quanto à competência para exercer a ação disciplinar, o autor ainda observa que "não se confunde com o poder de inspeção, pois enquanto este é exercido constantemente para que o superior saiba como funcionam os serviços na sua dependência, a ação disciplinar pressupõe o conhecimento de uma perturbação que importe averiguar e corrigir".

exercício do poder disciplinar. À partida, é necessário ter em mente que a sujeição ao poder disciplinar tem início a partir da constituição da relação jurídica estatutária e se estende até o fim desta relação.⁵⁴⁹ Além disso, a atuação disciplinar está sujeita à prescrição, que é uma das causas de extinção da responsabilidade disciplinar, podendo tanto obstar a instauração do procedimento disciplinar quanto a aplicação da sanção - no ordenamento jurídico brasileiro (e considerando o recorte temático proposto para este estudo), a prescrição da ação disciplinar está regulamentada pelo artigo 142 da Lei nº 8.112/90^{550 551}. Por fim, os *limites*

⁵⁴⁹ Marcelo Caetano (**Do poder disciplinar no direito administrativo português**, p. 397 a 399), por sua vez, assevera que a responsabilidade começa no momento em que o agente efetivamente inicia o exercício do cargo para o qual foi provido - no entanto, os fatos pelos quais o agente deve responder são não apenas os praticados enquanto se ache vinculado à Administração mas também outros que tenham sido praticados antes da investidura, embora esse último caso seja bastante melindrosa a efetivação da responsabilidade disciplinar (tal só ocorreria em casos de fatos qualificáveis como infrações de conduta na vida privada ou de natureza política que se projetem na sua situação atual de agente). A responsabilidade disciplinar se mantém, segundo o autor, enquanto durar o vínculo que liga o agente à Administração, qualquer que seja a situação em que ele se encontre (inclusive, se a situação for de inatividade ou de aposentadoria, o agente responde pelos fatos praticados anteriormente, no exercício das funções, bem como por aqueles que nessa situação cometa com violação dos deveres subsistentes). Quanto aos fatos anteriores à constituição da relação jurídica estatutária, no mesmo sentido, Ana Fernanda Neves (**O direito disciplinar da função pública - vol. II**, p. 91) disserta: "os factos anteriores podem projectar-se na própria relação jurídica de emprego, tornando-se, a partir da respectiva constituição - porque não se esgotaram no passado -, passíveis de responsabilidade disciplinar. Tal acontece com a proibição judicial do exercício de funções públicas acessória de condenação penal. Não é igualmente de excluir o apuramento de responsabilidade disciplinar, pelo empregador público, no caso de condenação criminal relevante à luz das obrigações e deveres do trabalhador, mesmo quando não for acompanhada da referida pena acessória. É que sobreveio condenação penal por factos praticados anteriormente e que redundam em violação de deveres disciplinares."

⁵⁵⁰ Que prevê prazo de prescrição da ação disciplinar de: (i) 5 anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; (ii) 2 anos, quanto à suspensão; e (iii) 180 dias, quanto à advertência.

⁵⁵¹ Sobre a prescrição da ação disciplinar no âmbito do direito administrativo disciplinar brasileiro, já tivemos oportunidade de escrever (GONTIJO, Danielly Cristina Araújo, **A primeira fase do exercício do poder disciplinar, à luz da Lei nº 8.112/90 (da ciência dos fatos ao juízo de admissibilidade)**, São Paulo: ADBE, 2014, p. 40 e 41.): "No âmbito do processo disciplinar, há dois momentos específicos em que se deve analisar o curso do prazo prescricional: antes e depois da instauração do processo administrativo disciplinar ou da sindicância punitiva. O início da contagem do prazo prescricional referente ao primeiro período citado é regulado pelo §1º do artigo 142, segundo o qual "o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido"; o termo inicial do segundo período é extraído da previsão do § 3º do mesmo artigo, que prevê que "a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente" e do entendimento jurisprudencial acerca dos limites dessa suspensão do prazo prescricional até a decisão final, conforme se demonstrará a seguir. De forma simples, a regra geral: À partida, o prazo prescricional tem início com o conhecimento dos fatos pela autoridade (nos termos do §1º do artigo 142), interrompendo-se com a publicação da portaria que instaura o processo administrativo disciplinar ou a sindicância punitiva, conforme a regra supracitada do §3º do artigo 142 da Lei nº 8.112/90. Como já destacado, o referido dispositivo legal prevê que "a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente" - assim, publicada a portaria que instaura o processo administrativo disciplinar (ou a sindicância punitiva), o prazo prescricional é interrompido e não volta a correr, ficando suspenso, a princípio, até a decisão final. No entanto, é assente na jurisprudência que essa suspensão do prazo prescricional não é absoluta, de forma que melhor seria ler a citada regra acrescentando-se a seguinte ressalva à sua parte final: "a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente,

objetivos do poder disciplinar dizem respeito às vicissitudes que afetam, no seu objeto imediato e mediato, a relação jurídica estatutária subjacente à relação jurídica disciplinar. Nesse sentido: (i) o objeto imediato da relação jurídica estatutária (que diz respeito aos direitos e deveres mútuos) influencia o exercício do poder disciplinar, porque é esse regime que o delimita, determinando seus termos substantivos e procedimentais (por exemplo, eventual mudança do vínculo e do regime jurídico da relação subjacente); (ii) também o objeto mediato da relação jurídica funcional (que diz respeito aos aspectos da prestação do serviço) podem influir no exercício do poder disciplinar (por exemplo, eventual infração cometida no exercício de funções, em uma situação de excepcionalidade e de necessidade, exteriores à qualificação profissional do servidor); (iii) por fim, o próprio objeto da infração disciplinar delimita o exercício do poder disciplinar, pois o servidor só pode ser investigado e sancionado disciplinarmente por condutas passíveis de serem qualificadas como infração disciplinar (havendo que se considerar, por exemplo: o princípio da legalidade - ainda que com a tipicidade aberta própria do regime disciplinar -, a proibição de analogia, a aplicabilidade da lei disciplinar mais benéfica etc).⁵⁵²

O poder disciplinar, portanto, não é um direito subjetivo do hierarca (nem em sentido estrito, nem na ideia de "direito potestativo"), não atribui situação de vantagem para os interesses particulares do titular do poder, não deve ser exercido por critérios de conveniência pessoal - o poder disciplinar, na verdade, é funcionalizado para atendimento do interesse público, é juridicamente vinculado (mesmo contendo um espaço considerável de apreciação e decisão), de forma a se garantir aos seus destinatários que seja exercido nos limites do poder-dever conferido à autoridade, da legalidade, da constitucionalidade, da justiça e da segurança.⁵⁵³ No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 143 da Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Cíveis Federais - regra que normalmente é repetida nos demais estatutos funcionais) deixa claro que o exercício do poder disciplinar se trata de *um poder-dever* do superior hierárquico, ao prever que "a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é *obrigada* a promover a sua apuração imediata".⁵⁵⁴

Por fim, calha apontar que existe ainda certa discussão sobre o poder disciplinar integrar ou não o poder geral sancionador da Administração Pública. Alejandro Nieto destaca que o poder sancionador da Administração é tão antigo quanto ela própria, embora por muito tempo tenha sido considerado como um elemento essencial do poder de polícia; com o

ou até o termo final do prazo legalmente previsto para essa decisão final, caso ela não seja prolatada dentro desse lapso temporal."

⁵⁵² NEVES, **O direito disciplinar da função pública - vol. II**, p. 55 a 126.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 9.

⁵⁵⁴ *Verbis*: artigo 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

advento do constitucionalismo, no entanto, ocorreram profundas mudanças nas concepções dominantes, especialmente considerando-se que o desprestígio ideológico da polícia arrastou consigo o poder sancionador administrativo geral, e acabou se reconhecendo o monopólio estatal da repressão em benefício de juízes e de tribunais; no entanto, os tempos novamente mudaram e hoje quase ninguém nega a existência de um poder administrativo sancionador (e, daí, de um Direito Administrativo Sancionador)^{555 556}. Fábio Medina Osório defende - acertadamente - que as sanções disciplinares integram o âmbito geral do Direito Administrativo Sancionador, uma vez que: (i) as sanções disciplinares estatais são sanções administrativas (embora possuam suas peculiaridades, especialmente no âmbito das relações especiais de poder); (ii) tradicionalmente, a doutrina brasileira considera que as sanções disciplinares e as sanções penais são distintas, em razão de seu conteúdo finalístico (enquanto as primeiras visam assegurar o bom funcionamento interno dos serviços e da ordem administrativa, as últimas buscam assegurar a paz social e valores sociais mais amplos)⁵⁵⁷; (iii) as sanções administrativas, assim como as penais, obedecem a diversas variantes, havendo distintas gravidades das ações ou das omissões irregulares no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, gravidades estas que dependem, em regra, de escolhas legislativas discricionárias, dos valores sociais dominantes, da tipificação e do sancionamento dos comportamentos proibidos; (iv) toda infração administrativa agride a ordem pública ou pela repercussão externa de qualquer lesão ao erário ou aos princípios que regem a Administração Pública ou o Estado ou pela lesão comunitária decorrente de uma conduta que deveria estar sendo fiscalizada pelo Poder Público; (v) toda infração administrativa também violenta a ordem interna do órgão atingido, uma vez que a agressão aos princípios produz um abalo a qualquer estrutura interna institucional; (vi) não é possível, quanto às infrações administrativas, promover uma distinção radical entre ordem interna e externa, porque toda lesão, inclusive disciplinar, deve possuir um mínimo de repercussão externa, ou seja, uma real importância institucional (o que se analisa pelos fins e pela posição da instituição na sociedade); (vii) daí que o Direito Administrativo Disciplinar integra o Direito Administrativo Sancionador, embora suas infrações sejam distintas (com estrutura mais aberta e flexível) e

⁵⁵⁵ NIETO, Alejandro, **Derecho administrativo sancionador**, 5ª. Madrid: Tecnos, 2012, p. 24 e 25.

⁵⁵⁶ Ressalte-se, ainda, que existe um debate decorrente desse reconhecimento do poder sancionador geral da Administração: se junto com a poder sancionador penal dos Tribunais forma ou não um único *jus puniedi* do Estado, muito embora, em razão dos limites desta pesquisa esse não seja um tema que caiba aqui desenvolver.

⁵⁵⁷ A título de exemplo, Hely Lopes Meirelles (**Direito administrativo brasileiro**, p. 146) entende O poder disciplinar da Administração não se confunde com o poder punitivo penal do Estado: o primeiro é exercido como uma faculdade punitiva interna da Administração, abrangendo, pois, infrações relacionadas ao serviço, sendo regido pelo direito administrativo com a finalidade de preservar a ordem interna do serviço, para que as atividades do órgão possam ser realizadas sem perturbação e dentro da legalidade e da lisura; já o segundo visa repressão de crimes e contravenções definidos pela lei penal geral e é aplicado com finalidade social pelo Poder Judiciário.

se sujeitem a critérios punitivos que se vinculam à preservação preponderante da ordem administrativa, do bom funcionamento da instituição lesada.⁵⁵⁸

Assim, em conclusão, é possível afirmar que o poder disciplinar é um instrumento jurídico que garante a relação funcional, assegurando o cumprimento, pelo servidor, dos deveres e obrigações assumidos ao se vincular àquela relação jurídica - que, como se verá logo adiante, classifica-se como uma relação especial de sujeição; noutras palavras, o poder disciplinar assegura os interesses da Administração enquanto "empregadora", quais sejam, os interesses públicos instrumentais à realização dos interesses e atribuições que estão a seu cargo.⁵⁵⁹

2.3. A posição dos servidores na organização administrativa do Estado

A partir dessa rápida contextualização sobre a forma de organização da Administração Pública - em especial, as decorrências da adoção do modelo organizativo hierárquico - é possível começar a se visualizar a posição que os servidores públicos ocupam na organização administrativa.

Como amplamente demonstrado, os servidores públicos (entendidos, repise-se, para fins deste estudo, como aqueles que mantêm com o Estado e com as pessoas jurídicas de direito público da Administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob dependência, com vínculo estatutário) mantêm com a Administração uma relação de bastante proximidade - muito maior que a dos demais administrados em geral -, integrando os órgãos administrativos, os quais, por sua vez, são responsáveis por dar voz e vida concreta à Administração. Mas fato é que não são apenas os servidores que mantêm com a Administração essa relação de maior proximidade (e que se difere da relação estatal desenvolvida com os demais administrados) - veja-se o exemplo dos estudantes de escolas públicas ou dos presos.

⁵⁵⁸ OSÓRIO, Fábio Medina, **Direito administrativo sancionador**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 150 a 154. Adiante (p. 245 e 246), o autor ainda complementa: "Se, de um lado, é certo que o sistema de punições disciplinares possui suas próprias peculiaridades, de outro lado é inegável que subsiste um regime de princípios gerais do Direito Administrativo Sancionador, regime aplicável às sanções disciplinares, porque não há outro regime jurídico onde caiba com tamanha folga o sistema disciplinar ou correicional. As disparidades se explicam pela lógica da fragmentação do poder punitivo estatal e de suas próprias finalidades institucionais. Com efeito, o regime disciplinar se insere no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Possível constatar, portanto, que as chamadas sanções disciplinares estão, de igual modo, submetidas aos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, pois a esfera punitiva disciplinar não é uma categoria distinta que justifique a elaboração de princípios próprios, em tal magnitude que obtenha uma autonomia científica em relação ao Direito Administrativo Sancionador. Ao contrário, a função disciplinar é clássica função administrativa sancionatória, envolvida na preservação de valores imanentes ao bom funcionamento da Administração Pública ou das Instituições Públicas."

⁵⁵⁹ NEVES, **O direito disciplinar da função pública - vol. II**, p. 17.

Desta forma, à partida, é necessário indagar: *por que em algumas ocasiões o administrado se insere na organização administrativa e estabelece com ela uma relação de maior intimidade?* Essa integração pode corresponder a diversas finalidades: algumas vezes o administrado necessita dos meios que a Administração dispõe e que são imprescindíveis para sua existência vital (como os estudantes ou os usuários de hospitais); há também hipóteses em que a integração é forçosa e se dá em virtude da necessidade que tem a Administração de determinadas prestações pessoais (como os que prestam serviço militar obrigatório); a integração pode ocorrer também de forma compulsória, mas em razão da necessidade de a Administração tutelar a segurança dos demais cidadãos, pondo a sociedade a salvo do perigo que determinados indivíduos representam (como é o caso dos reclusos); por fim - ponto que aqui interessa -, muitas vezes o administrado se integra voluntariamente na Administração, fazendo da prestação de serviços a esta o seu meio de vida (como é o caso do servidor público). Diante disso, é possível concluir que o indivíduo se insere na organização administrativa basicamente com duas finalidades: ou para servir a Administração ou para se beneficiar das prestações desta.⁵⁶⁰

Em tais situações, a proximidade estabelecida entre administrado e Administração acarreta a obtenção, pelo primeiro, de vantagens e utilidades ou meios para exercer as atividades para as quais ele tem aptidão. Nesse aspecto, verifica-se existir uma certa identificação desta situação com a realidade de uma empresa mercantil (a qual oferece produtos e prestações aos particulares, e, sob a ótica do mundo do trabalho, permite que o trabalhador faça daquela atividade seu meio de vida). Tal semelhança possibilita uma análise, por aproximação, da organização administrativa e da organização na seara mercantil, a partir das características principais da empresa: *unidade* (a empresa é um centro individualizado de interesses próprios e específicos de ordem superior, diferentes dos interesses pessoais do empresário e daqueles que colaboram com ele), *patrimonialidade* (a empresa é uma unidade de exploração - ou seja, uma unidade de onde se extrai proveito econômico - e que se alimenta de um substrato material) e *atividade diretiva do empresário* (esta unidade é organizada e dirigida pelo empresário). Trazendo estas ideias para o âmbito administrativo, é possível se verificar as seguintes situações: (i) aquele que se aproxima da organização administrativa demandando prestações, beneficia-se, de certo modo, dos elementos organizativos que são predispostos e estruturados pela própria Administração (mas não se insere na organização administrativa) - ou seja, a posição do usuário dos serviços se assemelha à situação de qualquer um que obtenha prestações de uma empresa privada (como um consumidor, por exemplo); (ii) por outro lado, aquele que se aproxima da

⁵⁶⁰ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, 1ª ed. Córdoba: Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba; Civitas, 1994, p. 196 e 197.

organização administrativa em razão do desenvolvimento, para a Administração, de uma ciência, arte ou ofício (seja por fazer desse serviço uma profissão seja em cumprimento de um dever legal) - como é o caso do servidor público -, acaba se integrando efetivamente nessa organização administrativa (como um elemento dela) e desenvolvendo, em benefício desta, uma atividade manual ou intelectual, o que faz com que sua situação se assemelhe à do trabalhador por conta alheia. E, neste último caso, em razão do objeto desta pesquisa e da similitude exposta, calha prosseguir com a comparação e também investigar as soluções trazidas pelo direito laboral para a hipótese.⁵⁶¹

No âmbito trabalhista, a doutrina geralmente tipifica como notas características do objeto do contrato de trabalho a liberdade, a remuneração, a realização do trabalho à conta de terceiro (alienação) e a dependência ou subordinação. Para o tema em análise, interessa deter a reflexão sobre esse último aspecto. Segundo López Benítez, a jurisprudência espanhola tem considerado a subordinação como um "indício externo" da existência de uma relação laboral, entendida como a inclusão do trabalhador "dentro do âmbito de organização e de direção de outra pessoa", "no círculo organicista alheio" - não é necessária, assim, a existência de uma subordinação rigorosa e absoluta do trabalhador em relação ao empregador, bastando que o trabalhador esteja compreendido no círculo de organização, de direção e de disciplina daquele por cuja conta trabalha.⁵⁶²

Dessa forma, tanto no âmbito mercantil quanto no âmbito trabalhista não se concebe o círculo organizativo do empresário ou empregador como uma simples acumulação de meios materiais e pessoais - reconhece-se a existência de uma atividade de ordenação, que imprime unidade a esses elementos e os converte em uma unidade de exploração funcional (a atividade empresarial, nesse sentido, dirige, indica os fins, as diretrizes próprias). O indivíduo que se aproxima deste círculo se sente efetivamente absorvido por esta unidade, pois entende que, em determinadas ocasiões, a mesma configura um habitat com *meio*

⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 197 a 201.

⁵⁶² *Ibid.*, p. 201 a 202. No entanto, alerta o autor (p. 202 a 203) para existência de *novas formas* de trabalho parasubordinado, nas quais ocorre a flexibilização da dependência no direito laboral. Com efeito, recentemente apareceram novas formas de contratação, vinculadas aos avanços tecnológicos e à chamada *terceirização da sociedade*, que têm feito surgir uma série de relações de catalogação difícil, nas quais, embora exista o caráter de trabalho por conta alheia, fica mitigada ou flexibilizada a dependência ou subordinação. A doutrina italiana tem denominado essas situações de trabalho parassubordinado, porque a natureza subordinada da relação resta enfraquecida por um caráter coordenado da prestação. López Benítez assevera que esses últimos progressos do direito laboral são particularmente relevantes para o tema das relações de sujeição especial, uma vez que alertam para o surgimento de novos fenômenos de interação entre o Estado e a sociedade, cujo estudo deve se manter à margem da teoria das relações de sujeição especial, exatamente por dizer respeito a casos totalmente diversos de uma efetiva e duradoura inclusão no círculo organizativo da Administração (como detetives privados, autoescolas, notários etc). Segundo o autor, o fenômeno da parassubordinação, inclusive, deveria servir para estimular reflexões sobre o futuro da própria função pública, cada vez mais laborizada e, logo, cada vez mais vulnerável à penetração de técnicas e soluções nascidas no ordenamento laboral ou na teoria geral das organizações.

ambiente próprio. Os efeitos que essa aproximação produz variam a depender da posição que o indivíduo assume na organização e do grau de complexidade e de sofisticação desta. Analisando especificamente a posição do trabalhador, observa-se que ele fica submetido ao poder disciplinar do empresário, devendo se sujeitar a determinadas obrigações que este possa lhe impor. Estes poderes e deveres estão integrados nesta unidade que é a empresa - quando esta integração não ocorre, a subordinação se dilui, ainda que se mantenha a nota de alienação (ou seja, de transmissão dos frutos do trabalho próprio a um terceiro); mas quando ocorre, estabelece-se uma relação mais íntima entre a organização como unidade e o indivíduo que trabalha para esta.⁵⁶³

A organização administrativa, por sua vez, também se caracteriza por ser uma unidade com substantividade própria - torna-se, pois, necessário identificar o elemento que a distingue das organizações mercantil e laboral: em suma, *a organização administrativa se qualifica pelo cuidado dos interesses de outros (em concreto, buscando os interesses gerais da comunidade)*. Essa ideia é importante porque os interesses a tutelar pela organização modulam a própria organização e a colocam em uma relação de instrumentalidade com os fins do grupo a que servem; isso significa que a Administração necessita de um poder de direção e de disposição sobre a organização, poderes esses que se subordinam à ideia de um fim que os enquadra e transcende. Assim, a organização seria *uma unidade dos meios pessoais e reais que tornam possível o cuidado desses interesses*.⁵⁶⁴

Se, por um lado, como uma *unidade funcional*, a organização administrativa possui essas características de integração e autocomplacência próprios de uma visão mercantilista, por outro, como uma *unidade instrumental*, serve a fins superiores que, inserindo-a na superestrutura da comunidade estatal, evita que se sinta um ente estranho que responda a suas próprias regras e interesses - assim, o administrado que estabelece relações com a Administração penetrando ou se integrando no seu âmbito organizativo acaba inserido no âmago de uma estrutura que se fundamenta nos mesmos princípios jurídicos que regem a vida social. Ou seja, o servidor público - como elemento pessoal da organização - não adentra um estado de escravidão, não passa a ser visto como uma coisa ou um pertence do estabelecimento; **a organização administrativa pressupõe uma organização racional de meios que pode modificar ou conformar a interpretação de determinados direitos ou do regime geral de liberdade do administrado, mas não representa um viés do ordenamento jurídico que o fracione ou o ignore**. Em suma: a organização administrativa é uma unidade, que se forja através da fusão de elementos pessoais, reais e financeiros,

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 204 e 205.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 205 e 206. Para esta análise sobre a razão de ser da organização administrativa e seu conceito, López Benítez se vale da doutrina de Mario Nigro (**Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica Amministrazione**, Milano, 1996, pág. 114).

formando, portanto, um âmbito perfeitamente distinguível e perceptível; sendo a exteriorização da Administração-pessoa jurídica, sujeita-se às mesmas vicissitudes jurídicas que esta, ou seja, está vinculada ao princípio da legalidade e da juridicidade, deve respeitar os direitos fundamentais daqueles que se encontram dentro dela, e deve se voltar sempre à consecução do interesse público. A organização administrativa é, pois, um âmbito do qual a Administração segue dispondo, mas esse *ius disponendi* não tem a mesma natureza daquele que tem o titular de uma empresa mercantil ou o empregador laboral, uma vez que a Administração está vinculada à persecução de determinados fins e à satisfação de determinados interesses e, ademais, sua direção também não é livre por sofrer constantes interferências das decisões do constituinte e do legislador, além de se sujeitar ao controle dos Tribunais.⁵⁶⁵

Em conclusão, é possível afirmar, pois, que o servidor público efetivamente integra o Estado, incrustado que está em sua organização administrativa. Ou seja, o vínculo que une o Estado e seus servidores públicos - vínculo jurídico especial, estatutário - coloca-os em uma relação de proximidade com a estrutura estatal muito maior do que aquela existente entre o Estado e os administrados em geral. E isso, por óbvio, tem consequências concretas na esfera jurídica daquele indivíduo que decide integrar a organização administrativa como servidor público, tema que será analisado no próximo ponto.

3. AS RELAÇÕES DE SUJEIÇÃO ESPECIAL

3.1. Por que ainda é necessário tratar da teoria das relações de sujeição especial

Nos itens anteriores foram analisados diversos aspectos da relação funcional: (i) delimitou-se quem são os agentes públicos - dentre eles procedeu-se a um recorte temático do objeto de estudo deste trabalho quanto aos servidores públicos (aqueles que mantêm com o Estado uma relação de trabalho de *natureza profissional* e caráter não eventual *sob vínculo de dependência*); (ii) verificou-se que esses indivíduos se inserem de forma muito profunda nas teias da organização do Estado, mantendo com ele uma relação de muita proximidade (muito maior que a dos demais administrados); e (iii) que, em razão de todas essas peculiaridades - especialmente porque em um dos pólos dessa relação jurídica está um ente público, atraindo toda uma gama de regras próprias a reger essa situação - é que a natureza jurídica do vínculo funcional é especial em relação aos vínculos trabalhistas comuns, ou seja, não é contratual, mas sim estatutário (de forma que esses servidores estão submetidos a um regime jurídico próprio).

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 207 e 208.

Mas a análise da forma como o Estado se relaciona com os seus servidores não estaria completa caso se pusesse aí o ponto final. É que tudo o que foi dito não contextualiza de forma integral nem mesmo abre o caminho para se discutir quais são exatamente os limites ou as possibilidades desse vínculo especial, ou seja, até que ponto pode o Estado avançar sobre direitos dos servidores sob a justificativa da instituição ou da regulação de um regime jurídico especial, em que medida isso é admissível e necessário, e o quanto, por outro lado, o Estado deve dar algumas espécies de "contrapartidas" de proteção ao servidor que sofre com mais intensidade os efeitos da sua *potestad* e as consequências de ser a voz, as mãos, os olhos, o coração da máquina pública.

Para poder discutir tudo isso é inevitável que se debruce sobre uma teoria muito pouco difundida e estudada no Brasil (mas com doutrina e jurisprudência farta na Europa, onde ainda é aplicada de forma usual, reabilitada democraticamente): *a teoria das relações de sujeição especial (ou teoria das relações especiais de poder)*.⁵⁶⁶

⁵⁶⁶ Calha apresentar um breve relato sobre a terminologia do instituto. Como menciona Iñaki Lasagabaster Herrarte (**Las relaciones de sujeción especial**, Madri: Editorial Civitas, 1994, p. 27 e 28), a teoria inicialmente era conhecida como *relações especiais de poder* (ou *relações de poder especial*) - essa é a tradução literal do termo *besonderes gewaltverhältnis*, utilizado na Alemanha, onde foi inicialmente desenvolvida. No entanto, na Alemanha a expressão foi sendo paulatinamente abandonada por muitos autores, que entendiam a necessidade de desvincular a teoria de sua concepção tradicional (autoritária, de impermeabilidade jurídica da Administração), buscando uma fórmula que fosse mais harmônica com o significado moderno do instituto (redemocratizado). A solução esteve sobretudo atrelada à substituição ou afastamento do termo poder, valendo-se de outros termos não tão enfáticos - assim: *relações vitais especiais, estatuto especial* (ou *status especiais*), *vinculação especial jurídico-pública*. Juan Manuel Alegre Ávila (*Relaciones especiales de sujeción, legalidad sancionadora y servicios públicos*, in: MONTANER, Luis Cosculluela (Org.), **Estudios de derecho público económico: libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo**, Madri: Civitas, 2003, p. 759 a 778) alerta que a terminologia *relações especiais de de sujeição* ou *relações especiais de poder*, na verdade, dependem do prisma sob o qual se analisa o fenômeno: a primeira a partir da ótica do administrado e a segunda, sob a ótica da Administração. No entanto, há ainda quem utilize a terminologia *relações especiais de poder*, por exemplo, na doutrina portuguesa (a título de exemplo: NOVAIS, **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**; MONCADA, Luís S. Cabral de, **Lei e regulamento**, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 243 e seguintes). Também é comum a utilização da terminologia *relações especiais de sujeição* (ou *relações de sujeição especial*) - esse é o termo majoritariamente utilizado pela doutrina e pela jurisprudência espanhola (a título de exemplo: HERRARTE, **Las relaciones de sujeción especial**; MACHO, Ricardo García, **Las relaciones de especial sujeción en la constitución española**, Madri: Tecnos, 1992; LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, 1ª ed. Córdoba: Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba; Civitas, 1994), encontrado também na doutrina colombiana (a título de exemplo: PAVAJEU, Carlos Arturo Gomez; LÓPEZ, Mário Roberto Molano, **La relación especial de sujeción: estudios.**, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007) e na brasileira (a título de exemplo: MELLO, **Curso de direito administrativo**, p. 851 e 852; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 191 e seguintes). Há ainda referência a *estatutos especiais*, expressão encontrada na doutrina portuguesa (a título de exemplo: ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, p. 293 e seguintes; CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 266 e 267). Jane Reis Gonçalves Pereira (*As restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição*, in: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Orgs.), **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 603 a 657) destaca que a opção terminológica geralmente se correlaciona com a concepção que se adota sobre as relações jurídicas em questão -

À partida, calha destacar que é controversa a existência de um conceito sobre as relações especiais de sujeição - isso porque há uma heterogeneidade tão grande das situações que aí se enquadram que muitos autores entendem que seria infrutífera a tentativa de reduzir os seus pressupostos em um todo que coubesse dentro de um conceito único. Há algumas categorias que a doutrina normalmente considera, de forma consensual, relações de sujeição especial: os militares, os servidores públicos (funcionários públicos civis), os alunos de estabelecimentos de ensino públicos, os presos e os internos em estabelecimentos de saúde pública. Mas existem discussões, por exemplo, na jurisprudência espanhola, sobre categorias das mais diversas, como os contratados da Administração Pública, os detetives privados, aqueles que exercem atividades que necessitam de licença ou autorização administrativa, aqueles que prestam atividades decorrentes de concessão ou de autorização públicas, os integrantes de colégios profissionais, aqueles ligados ao sistema financeiro e aos seguros.⁵⁶⁷

Por isso, como dito, muitos autores advogam a impossibilidade de um conceito que abranja toda essa diversidade - essa ausência de definição, no entanto, geralmente é substituída pela designação de certos elementos supostamente indicativos da presença de uma relação de sujeição especial, tais como a inserção na organização administrativa ou a maior proximidade desses indivíduos com a Administração; a partir da existência ou não desses elementos nas situações fáticas analisadas se tenta vislumbrar quais casos se enquadram ou não na teoria⁵⁶⁸. No entanto, Mariano López Benítez, considerando as

quando o conceito adotado é amplo, no qual se inserem outros grupos além dos tradicionais (alunos, militares, servidores e presos) surgem certas hipóteses em que a expressão relações especiais de sujeição ou de poder não parece se adequar, já que a tônica da relação, que justificaria eventualmente tratamento mais restritivo dos direitos fundamentais, não parece estar na presença da autoridade estatal, mas apenas na finalidade das funções que os titulares desempenham. Mas, ressalva à parte, todos os termos parecem servir, de modo geral, a designar a doutrina de forma razoavelmente correta. E, sendo assim, neste estudo as expressões serão utilizadas de forma indistinta.

⁵⁶⁷ HERRARTE, **Las relaciones de sujeción especial**, p. 162 a 170.

⁵⁶⁸ Nesse sentido, Alfredo Gallego Anabitarte (Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración, **Revista de Administración Pública**, v. 34, p. 11 a 52, 1961) - indicando como o grande expoente inicial do tema na Espanha - já questionava, na década de 60, a possibilidade e até a utilidade de se conceituar o instituto, já que, em seu entender, qualquer conceito sempre seria insuficiente; com efeito, asseverava o autor não existir uma única relação de sujeição especial, mas várias; dessa forma, não haveria uma definição única ou traço caracterizador único desse tipo de relação, muito embora existissem diversas notas que caracterizariam as relações de sujeição especial: (i) acentuada situação de dependência da qual emana determinadas obrigações específicas, (ii) estado geral de liberdade limitada, (iii) existência de uma relação pessoal, (iv) impossibilidade de se estabelecer de antemão a extensão e o conteúdo das prestações, assim como a intensidade das necessárias intervenções coercitivas na esfera dos afetados, (v) o fato de que o indivíduo tem que obedecer ordens, as quais não emanam diretamente da lei, (vi) o fato de que esta situação se explica em razão de um determinado fim administrativo, (vii) a alusão a um elemento de voluntariedade nessa situação de sujeição, (viii) admissão expressa ou tacitamente de que a justificativa dessa relação se encontra na necessidade de uma eficiência e produtividade administrativa - em cada tipo de relação especial de sujeição, essas notas aparecem com diferentes intensidades. No entanto, embora as considerações de Gallego Anabitarte sejam totalmente pertinentes, o conceito apresentado por López Benítez - indicado adiante - parece ter ultrapassado o problema da

inegáveis vantagens na formulação de um conceito (no mínimo para se organizar o objeto de estudo), apresenta um conceito de relações de sujeição especial, o qual será adotado neste estudo como conceito atual do instituto:

as relações jurídico-administrativas caracterizadas por uma duradoura e efetiva inserção do administrado na esfera organizativa da Administração, em razão da qual resta submetido a um regime jurídico peculiar que se traduz em um tratamento especial da liberdade e dos direitos fundamentais, assim como de suas garantias institucionais, de forma adequada aos fins típicos de cada relação.⁵⁶⁹

A partir desse conceito é possível ter uma boa visão inicial sobre a teoria objeto deste capítulo.⁵⁷⁰ Importante delimitar, no entanto, o objeto de estudo. O escopo dessa investigação cinge-se às relações funcionais (do Estado com seus servidores públicos, exatamente porque, como se demonstrará adiante, trata-se de uma hipótese que se amolda de forma justa ao conceito de López Benítez não havendo praticamente dissenso quanto a isso) e aos limites da atividade de controle interno estatal. Por esta razão não se desenvolverá adiante de forma exaustiva a teoria das relações de sujeição especial, mas apenas suas linhas gerais e aquilo que efetivamente concerne ao desenvolvimento da tese.

No entanto, por ser esta uma teoria ainda muito pouco explorada no ambiente jurídico brasileiro, antes de discutir sua (possível) reabilitação democrática, pede-se venia para iniciar esta explanação a partir de uma rápida contextualização do seu desenvolvimento teórico

3.2. O desenvolvimento teórico da doutrina das relações especiais de sujeição e a reabilitação democrática das relações de sujeição especial

A teoria das relações especiais de poder nasce a partir do contexto ideológico e político alemão, no século XIX⁵⁷¹. Como já exposto, a monarquia constitucional alemã tinha

aplicabilidade às diversas categorias, podendo ser apontado como um conceito geral das relações de sujeição especial.

⁵⁶⁹ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, 1ª ed. Córdoba: Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba; Civitas, 1994, p. 161 e 162. Livre tradução da autora.

⁵⁷⁰ Cite-se ainda, de forma a complementar essa noção inicial sobre as relações especiais de sujeição, o conceito apresentado por Jorge Reis Novais (**As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 512): "aquele conjunto de situações em que, por razões atinentes às necessidades de prosseguimento dos fins das respectivas instituições, o Estado (Administração) e os cidadãos que as integram se relacionam de forma especialmente reforçada dos poderes do Estado e da correspondente sujeição ou dependência do indivíduo quando comparadas com a chamada a relação *geral* de poder, ou seja, a relação comum Estado/cidadão."

⁵⁷¹ LÓPEZ BENÍTEZ, **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, p. 45. Ricardo García Macho (**Las relaciones de especial sujeción en la constitución española**, p. 24 a 26), entretanto, ressalta que a doutrina alemã costuma citar antecedentes ainda mais longevos das relações especiais de poder, afirmando que a raiz histórica da teoria - ao menos

uma estrutura peculiar, que acabou afetando de forma decisiva a construção da teoria: o poder do rei, limitado pelos direitos do povo e pelos seus órgãos representativos, tinha fundamento na Constituição, e não à margem dela. Isso sintetizava seus dois princípios essenciais: o monárquico e o constitucional. O *princípio monárquico* expressava a primazia político-constitucional do rei sobre o Parlamento (a representação popular)⁵⁷², de onde era possível deduzir duas consequências: a rejeição à soberania popular e a marginalização do parlamentarismo. De fato, o rei era o titular do poder político em posição de supremacia, situação que perdurou durante todo o século XIX e se manteve com a Constituição do Reich de 1871. Na prática, o monarca era um órgão independente (sua vontade possuía uma eficácia vinculante imediata para o Estado e para aqueles que estavam submetidos a ele) e sua posição central no sistema o situava como *dominus* único do Executivo⁵⁷³. Internamente, o rei foi intensificando seu poder, aumentando as obrigações e o grau de vinculação dos coletivos submetidos à sua autoridade - como funcionários e militares -, de forma a solidificar o seu apoio. Mesmo com a codificação dos direitos dos funcionários em 1873, estes continuaram vinculados ao monarca por laços de lealdade e obediência, o que robusteceu ainda mais o poder do Executivo, à medida em que foram aumentando as tarefas administrativas e, conseqüentemente, o número de funcionários. De outro lado, o poder do Parlamento, que funcionava como representante do povo, não se equilibrava com o poder do rei⁵⁷⁴. Somava-se a isso a negativa à teoria da divisão de poderes, sob o argumento de que ela romperia a unidade do Estado. Daí se dizer que o *princípio constitucional* - que, advindo do constitucionalismo francês e inglês, partia dos conceitos de soberania do povo e de maior limitação do poder real - não se desenvolveu em sua plenitude na Alemanha, cumprindo uma função apenas formal.⁵⁷⁵

Assim, era possível se visualizar a monarquia constitucional alemã formada, de um lado, pelo bloco representado pelo Monarca, pela Administração, pelo Exército e pelo funcionalismo; e, de outro lado, pelo bloco constituído pelo Parlamento, pelo povo e pela sociedade. Essa divisão levou à conhecida antinomia Estado/sociedade, premissa essencial para entender o contexto da época e, de forma especial, o surgimento do instituto das

quanto aos funcionários e aos soldados - seria a relação germânica de vassalagem, em que o senhor e o vassalo se vinculavam por meio de relações pessoais voluntárias com fundamento em um princípio de lealdade (de um lado, o vassalo punha seu trabalho à disposição do senhor; do outro, o senhor lhe oferecia proteção).

⁵⁷² MACHO, *Las relaciones de especial sujeción en la constitución española*, p. 30 e 31.

⁵⁷³ LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, p. 46 a 49.

⁵⁷⁴ Como lembra Iñaki Lasagabaster Herrarte (*Las relaciones de sujeción especial*, p. 46), o poder legislativo do Parlamento não é exclusivo, mas compartilhado com o monarca, de forma que as leis não podiam ser aprovadas sem a expressa concordância deste último.

⁵⁷⁵ MACHO, *Las relaciones de especial sujeción en la constitución española*, p. 29 a 32.

relações de sujeição especial⁵⁷⁶: se, por um lado, nessa nova estrutura constitucional, o poder do rei era limitado, por outro reconhecia-se um espaço (muito abrangente) de livre atividade do monarca e que, em razão da dupla identificação do monarca com o Executivo e do Executivo com o Estado, acabou sendo desenhado como o *espacio interno do Estado*. Nessa seara o monarca tinha ampla liberdade, sua vontade seguia sendo imperativa como no Estado absoluto⁵⁷⁷.

Essa estrutura dualista *Estado versus Sociedad* correspondia, no plano teórico, à contraposição *lei em sentido formal versus lei em sentido material* de Paul Laband (que, ao fim, constitui uma antecipação da teoria das relações de sujeição especial).⁵⁷⁸ A doutrina de Laband foi elaborada num contexto em que o dualismo do poder (Rei *versus* Parlamento) gerava conflitos; como a tarefa de elaborar leis era atribuída ao Parlamento, tornou-se necessário precisar quais assuntos eram reservados à lei e quais poderiam ser regulados pelo monarca. Pela tese de Laband, apregoava-se que o direito ("o jurídico") apenas estaria presente naqueles campos em que havia o encontro do Estado e da sociedade - nos demais espaços, que seriam de "ações reflexivas do próprio Estado", o direito estaria excluído, de forma que para assuntos internos da vida estatal (como o Exército, a Administração, os funcionários etc) o monarca poderia dispor com inteira liberdade.⁵⁷⁹

⁵⁷⁶ LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, p. 48 e 49. Ricardo García Macho (*Las relaciones de especial sujeción en la constitución española*, p. 32 a 35) lembra que, como existiam essas duas forças com poder real, para equalizá-las, nem o povo (o Parlamento) nem o Monarca poderiam ser detentores exclusivos, de forma isolada da soberania - para resolver esse impasse, é que foram criadas as teses, mencionadas no capítulo anterior, da personalidade jurídica do Estado e da personalidade orgânica do Estado. Reconhecia-se a soberania ao Estado - ente abstrato que congregava as duas forças.

⁵⁷⁷ LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, p. 48 e 49. No mesmo sentido, Jane Reis Gonçalves Pereira (As restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição) destaca que embora fosse limitado pelo Parlamento, o monarca tinha, no contexto da monarquia constitucional, um amplo espaço de atuação completamente livre dos condicionamentos jurídicos - esse campo de discricionariedade era determinado pela dicotomia Estado / Sociedad, pois entendia-se que o que ocorria no interior do aparelho estatal, que não produzia reflexos no âmbito social, encontrava-se fora do mundo do direito.

⁵⁷⁸ PEREIRA, As restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição. A distinção entre lei em sentido formal e lei em sentido material geralmente é apontada como uma antecipação da teoria das relações especiais de sujeição porque coloca luz sobre uma dicotomia que, ao reduzir o universo do Direito às determinações que regulam as relações entre as pessoas jurídicas do Estado e os indivíduos socialmente situados, estabeleceu as condições teóricas para se entender que existiriam certos domínios em que as garantias estatais (como os direitos fundamentais e a reserva de lei) não vinculariam a atuação estatal, evoluindo daí, pois, a ideia de que haveria certos espaços internos do Estado que estariam livres ou impermeáveis ao Direito.

⁵⁷⁹ LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, p. 49 e 50. Como leciona Iñaki Lasagabaster Herrarte (*Las relaciones de sujeción especial*, p. 46 e 47), entendia-se que não era qualquer norma que gozava do status de norma jurídica, mas apenas aquela que produzisse efeitos entre sujeitos jurídicos diferentes; dentro de um mesmo sujeito jurídico era impensável que surgissem relações jurídicas, daí que, se no conceito de Estado se incluíssem os sujeitos que se relacionam com ele, essa relação não seria jurídica, uma vez todos formam parte da mesma pessoa jurídica (o Estado). Essa seria a situação, por exemplo, dos funcionários, que, imersos em uma relação de sujeição especial, fazem parte do Estado, da sua

A partir da interpretação da constituição prussiana de 1850, Laband propôs a tese de que as leis em sentido formal seriam aquelas elaboradas pelo Parlamento, independentemente de seu conteúdo, bastando que externassem a *forma de lei*⁵⁸⁰; já as leis em sentido material seriam apenas aquelas que, de algum modo, afetassem a esfera jurídica do indivíduo ou da comunidade política⁵⁸¹. Assim, a *lei material* teria como objetivo ampliar a legalidade e o Estado de Direito frente ao Monarca, regulando as relações jurídicas entre o Estado e os cidadãos (quer dizer, apenas as relações de sujeição geral, externas). Já a esfera interna do Estado era regida por normas internas, consideradas como não jurídicas, muito embora criassem obrigações para os indivíduos que estavam submetidos a ela (imersos em *relações especiais de sujeição*). Nessa esfera interna o Estado exercia seu poder sem restrições, à margem da regulação legal.⁵⁸² Fica nítida, portanto, a diferenciação entre as esferas externa e interna do Estado, critério divisor das relações jurídicas estatais e que leva à consagração da *teoria da impermeabilidade jurídica*.

A *teoria da impermeabilidade jurídica* das relações internas estatais teve seu desenvolvimento fortalecido em razão da compreensão do Estado como uma personalidade unitária (concepção esta que visava tanto centralizar o poder soberano quanto torná-lo institucional e impessoal, desvinculando-o da figura do monarca). Nesse contexto, a ideia era que o Estado compunha-se de órgãos públicos sem personalidade própria (meras partes componentes do todo estatal⁵⁸³) e que suas normas de organização interna eram consideradas como normas secundárias (em contraposição com as normas primárias, que

organização - e como o Estado não pode ter relações consigo mesmo, os sujeitos inseridos em tal relação não teriam "relações jurídicas" com o Estado, porque são parte integrante dele.

⁵⁸⁰ PEREIRA, As restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição.

⁵⁸¹ LÓPEZ BENÍTEZ, **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, p. 51 e 52. posteriormente, o conceito evoluiu no sentido de se reconhecer que a lei material seria aquela norma que fosse afeta a direitos de liberdade e de propriedade, com efeitos vinculantes a Estados e cidadãos.

⁵⁸² MACHO, **Las relaciones de especial sujeción en la constitución española**, p. 36 a 38. Nesse sentido, o autor lembra que o duplo conceito de lei - formal e material - acabou gerando consequências jurídicas e políticas: o conceito de lei material (identificado com o de norma jurídica e o de direito) gerou uma ampliação do domínio da lei e do Parlamento, e, por consequência, uma diminuição do espaço de atuação do executivo monárquico; mas, concomitantemente, desestimulou o desenvolvimento de normas jurídicas na esfera da Administração, pois para tudo que não afetasse nem a liberdade nem a propriedade dos indivíduos não se editavam normas jurídicas, entendendo-se como campo de atuação do Executivo (que atuava por atos não jurídicos). Assim, o caráter normativo, a reserva e a primazia de lei aplicavam-se apenas àquelas normas que, além da aprovação pelo Parlamento e o caráter de generalidade, afetassem direitos e obrigações dos cidadãos (de liberdade e de propriedade) quando estes se relacionassem entre si ou quando se relacionassem com o Estado. Todas as demais normas eram consideradas como internas e mesmo aquelas que criavam obrigações para os indivíduos situados na esfera interna do Estado eram consideradas como não jurídicas. Na prática, isso significava que a Administração reservava para si um poder normativo interno para a consecução dos seus próprios fins (autonomia da Administração) - ou seja, para tudo que não estava reservado à lei, o ato administrativo podia atuar com autonomia.

⁵⁸³ Daí se entender não ser possível estabelecer relações jurídicas entre esses órgãos, já que eram todos integrantes de uma mesma pessoa jurídica.

regulavam as relações externas do Estado com os indivíduos) - daí surgiu, na doutrina italiana, a diferenciação entre atividade interna e externa da Administração⁵⁸⁴. Como visto, apenas a atividade externa se submetia ao princípio da legalidade; por isso, a atividade de organização estatal - que era interna - estava situada em espaço de ampla liberdade do Estado (pois era considerado um âmbito livre da aplicação do direito, fundado em um poder desnormatizado) e não havia grandes preocupações de se criar instrumentos protetivos dos indivíduos nessa seara, até porque entendia-se que, por sua natureza, esse poder não os atingia em seus direitos.⁵⁸⁵

A partir desse contexto fático, desde meados do século XIX, a doutrina veio desenvolvendo a ideia da existência de certos grupos que mantinham relações diferenciadas com o Estado⁵⁸⁶, especialmente em razão da acentuada dependência entre essas pessoas e

⁵⁸⁴ Sobre a construção do âmbito interno do Estado e sua correlação com a teoria das relações de sujeição especial, cite-se a lição de Luís S. Cabral de Moncada (**Lei e regulamento**, p. 436 e 437): "O poder exercido no domínio das 'relações especiais' continuava assim a ter carácter personalizado (e não jurídico). Daí que o executivo pudesse atacar os direitos subjectivos através de regulamentos autónomos, não jurídicos, sem necessidade de qualquer fundamento legislativo, ignorando a reserva de lei. (...) Os indivíduos mais não eram que os meios humanos de que o Estado carecia para levar a cabo os seus fins próprios e nessa medida parte orgânica dele. Regiam-se por ordens de serviço e não por normas jurídicas. A construção mais à mão que se foi buscar para explicar o carácter não jurídico do poder exercido naquele âmbito particular foi a que passava pela distinção entre o domínio externo e o interno da actividade estadual, imputando a este último as 'relações especiais de poder' e ao primeiro as 'relações gerais'. A distinção entre o âmbito interno e o externo da actividade do Estado equivale à determinação da sua relevância jurídica. No âmbito interno, vigora a força institucional do poder estadual, imune à regra legislativa e, portanto, ao direito. Consequência normal desta construção era a insusceptibilidade de qualquer protecção judicial no âmbito das 'relações especiais de poder', quer da parte dos tribunais administrativos quer da parte dos tribunais civis. Assim justificariam o fato de seu círculo de destinatários ser especial bem como o teor dos deveres que lhes assistiam. O regulamento vigora no âmbito da 'relação especial de poder' não por ser uma norma jurídica, mas em virtude da força interna do Estado. A doutrina chamou-lhe 'Sonderverordnung' (regulamento especial). Por sua vez e de acordo com a teoria tradicional a norma interna não vinculava o executivo, podendo ser derogada no caso concreto. A consequência mais palpável daquela construção, para o efeito que agora nos interessa, foi a de que todas as regras que não coubessem no âmbito material próprio do poder legislativo, tal como ele era nessa altura concebido, eram forçosamente catapultadas para dentro do executivo, caindo naturalmente as normas regulamentadoras das 'relações especiais de poder' dentro do segundo. Passaram a ser vistas como meros regulamentos 'administrativos'. Jurídicas eram tão só aquelas que o executivo elaborava dentro do âmbito próprio da Lei, naturalmente que com fundamento legislativo. Ao lado daquelas contavam-se ainda regulamentos organizatórios, ordens gerais de serviço etc... Não havia ainda compreensão para o facto de a natureza de toda esta panóplia de regulamentos 'internos' não ser materialmente homogênea. Só mais tarde. O que se pretende provar é a indesmentível ligação entre a 'relação especial de poder' e a dogmática própria do período monárquico constitucional (...)."

⁵⁸⁵ SILVA, Clarissa Sampaio, **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos**, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 98 a 100. Como leciona Hartmut Maurer (**Derecho administrativo alemán**, 1ª ed. (Tradução da 16ª ed., 2006). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 178) o Executivo podia, à época, em virtude de seu próprio direito, ditar as regulações que fossem necessárias para configurar as relações de sujeição especial e, assim, ordenar também medidas de intervenção sem cobertura legal - estas regulações eram instruções administrativas que, segundo a concepção daquele momento, não tinham carácter de normas jurídica (com eficácia externa).

⁵⁸⁶ Para análise sobre essas primeiras formulações em torno das relações de sujeição especial, veja-se: Ricardo García Macho (**Las relaciones de especial sujeción en la constitución española**, p. 39

o poder público - mas é com Otto Mayer que a teoria das relações especiais de sujeição ganha forma.⁵⁸⁷

Em seu *Direito administrativo alemão*, Otto Mayer pela primeira vez tratou do tema de forma destacada, em razão de sua importância sistemática. No capítulo em que cuidou dos direitos públicos individuais (direitos subjetivos públicos)⁵⁸⁸, classificou as *relações de sujeição particular* como espécies de relações jurídicas de direito público⁵⁸⁹. Definiu *sujeição* como um vínculo entre duas pessoas desiguais do ponto de vista jurídico, cujo conteúdo é determinado pela vontade da pessoa superior - dessa forma, toda relação entre Estado e súdito seria uma relação de sujeição. No entanto, propôs que com esta expressão se designasse a relação de sujeição criada especialmente para uma determinada pluralidade de súditos⁵⁹⁰: a relação jurídica pela qual o indivíduo fica vinculado ao Estado, em razão da obrigação de regular sua conduta conforme um determinado interesse público⁵⁹¹. Nesse sentido, o traço essencial da relação especial de sujeição proposta pelo autor é uma *acentuada dependência* que se institui a favor de um determinado fim da Administração Pública com relação a todos os sujeitos que ingressam na relação especial (por exemplo, os funcionários, em razão do serviço).⁵⁹² Noutras palavras, essa *acentuada dependência* significa, na prática, um *estado de liberdade restringida*, no qual o particular tem que acomodar seus interesses e situações àquilo que o fim público exija.⁵⁹³

a 42) e Mariano López Benítez (**Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, p. 53 a 65).

⁵⁸⁷ Nesse sentido, a título de exemplo, veja-se Iñaki Lasagabaster Herrarte (**Las relaciones de sujeción especial**, p. 43), que afirma que todos os trabalhos doutrinários que cuidaram do tema das relações especiais de sujeição situam Otto Mayer como o criador da figura.

⁵⁸⁸ Otto Mayer (**Derecho administrativo alemán. Tomo I - Parte general**, 2ª ed. (1904). Buenos Aires: De Palma, 1982, p. 139 a 147).

⁵⁸⁹ Otto Mayer (*Ibid.*, p. 144) classifica as relações de sujeição particular como relações jurídicas de direito público complexas, que se distinguem das relações ordinárias simples em razão da pluralidade dos indivíduos que compreendem e pela sua aptidão para variações internas.

⁵⁹⁰ Nesse ponto, cite-se a crítica de Ricardo García Macho (**Las relaciones de especial sujeción en la constitución española**, p. 42 e 43): ao considerar que sempre que exista uma relação entre Estado e súdito existe uma relação de sujeição, Otto Mayer expande tanto o conceito de relação de sujeição especial que acaba excluindo dele apenas as relações de direito privado; no entanto, posteriormente, restringe o âmbito da definição, limitando-a à relação funcional, serviço militar e nacionalidade incluindo ainda, mais à frente, a figura dos estabelecimentos públicos com funcional prestacional (como hospitais, escolas, museus, correios), de forma que também aquelas pessoas que entram nesses estabelecimentos ocasionalmente estariam sujeitos a uma relação de sujeição especial (diferente, no entanto, da relação de sujeição especial dos funcionários ou dos soldados). Mariano López Benítez (**Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, p. 66), ao contrário, entende que como o próprio Otto Mayer apresentou as matizações do conceito, isso demonstra que ele não estava considerando todos os vínculos do Estado com os súditos como relações de sujeição especial, como entendeu Ricardo García Macho.

⁵⁹¹ MAYER, **Derecho administrativo alemán. Tomo I - Parte general**, p. 144 e 145.

⁵⁹² HERRARTE, **Las relaciones de sujeción especial**, p. 44.

⁵⁹³ LÓPEZ BENÍTEZ, **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, p. 67.

Otto Mayer diferencia, de forma geral, as relações Estado-súditos entre relações de sujeição geral e relações de sujeição especial, sendo estas últimas relações que permitam ou estabeleçam essa *dependência acentuada* - a consequência de tal *dependência* é o enfraquecimento de determinadas categorias jurídicas criadas exatamente para garantir os direitos de liberdade dos cidadãos (como a atenuação das exigências do princípio da legalidade ou a inaplicabilidade do princípio *non bis in idem* no caso do poder sancionador da Administração em relação aos seus funcionários), ou seja, esse *estado de liberdade restringida*.⁵⁹⁴ ⁵⁹⁵ Constituem espécie de relação de sujeição especial as "relações de serviço para o Estado", dentre as quais está a relação funcional (denominada "serviço profissional"⁵⁹⁶), caracterizada pelo autor como o modo de ingresso universal no serviço estatal. Segundo Otto Mayer, o fundamento da obrigação decorrente do "serviço profissional" é a vontade do servidor, que consente com sua nomeação, muito embora esse consentimento não forme um contrato, sendo apenas uma condição essencial para a validade do ato estatal (ato administrativo que efetivamente incorpora o indivíduo ao serviço estatal). Nesse sentido, o consentimento do interessado acaba se convertendo no fundamento das restrições para o

⁵⁹⁴ HERRARTE, **Las relaciones de sujeción especial**, p. 44 e 45. De fato, o principal efeito das relações especiais de sujeição é esse estado de liberdade restringida - no entanto, Mariano López Benítez (**Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, p. 67) ressalta que, apesar do caráter reacionário que a doutrina muitas vezes atribui a Otto Mayer, a liberdade está muito presente em sua construção (a prova disso seria que a liberdade é o valor que serve de referência para as limitações ao poder hierárquico), de forma que a proposta de Otto Mayer não engloba um sacrifício pleno da liberdade em favor do funcionamento da grande máquina administrativa, apenas busca compatibilizar os direitos dos particulares integrados nessa máquina com a sua necessária eficácia. Segundo López Benítez, por isso é que Otto Mayer adverte que as limitações da liberdade e da propriedade devem ser aquelas estritamente indispensáveis para se atingir o fim ou objetivo do estabelecimento; no caso do serviço obrigatório, que devem ter fundamento legal; ou, no caso do serviço profissional, que devem ser aceitas pelo indivíduo.

⁵⁹⁵ MAYER, Otto, **Derecho administrativo alemán. Tomo IV - Parte Especial.**, 2ª ed. (1904). Buenos Aires: De Palma, 1982, p. 3. Nesse ponto, o autor (p. 3 a 7) reforça a ideia da *dependência acentuada*: afirma que o que distingue o serviço do Estado de todas as outras obrigações desse gênero é a força particular mediante a qual o Estado domina a pessoa; exigem-se abnegação pessoal e a fidelidade ao serviço de todos que estão obrigados a prestá-lo, o que constitui, desde já, um dever moral, mas que do ponto de vista secundário adquire relevância jurídica.

⁵⁹⁶ De forma resumida, segundo o autor (MAYER, Otto, **Derecho administrativo alemán. Tomo IV - Parte Especial.**, 2ª ed. (1904). Buenos Aires: De Palma, 1982, p. 15 a 62) dentre as diversas maneiras de prestar o serviço do Estado haveria: (i) o *serviço obrigatório*, obrigação de servir imposta de maneira imperativa (ou seja, que independe do consentimento do interessado - como serviço militar obrigatório ou serviço judicial dos jurados) -, a qual deve ter como fundamento a lei, que, além de conferir poder à Administração para impor coativamente obrigações de servir para certos fins, também determinará o círculo de pessoas a quem poderá ser imposta esta obrigação e sua medida ou seu conteúdo e duração; (ii) o *serviço dos funcionários honorários*, que diz respeito às funções destinadas a serem desempenhadas por particulares em função do cumprimento de um dever cívico ou simplesmente moral (como as funções de juízes de comércio), as quais também devem estar fundamentadas em lei (especialmente porque se atribui aos particulares poder de autoridade) e que não podem ser impostas contra a vontade do indivíduo, dependendo pois da aceitação da função; e (iii) o *serviço profissional*, que cria uma obrigação de servir nos termos do direito público, em razão do consentimento do obrigado e com o fim de lhe conferir uma função pública.

seu novo status profissional, adquirido com seu ingresso no serviço estatal⁵⁹⁷ - na verdade, o autor se vale do consentimento para conciliar a premissa de que seria necessária uma lei para afetar a liberdade e a propriedade dos indivíduos com a *impermeabilidade jurídica*⁵⁹⁸ e as demais premissas das relações especiais de sujeição. De fato, segundo Otto Mayer, o consentimento do interessado serviria de fundamento para lhe impor encargos e restrições, uma vez que, se a reserva de lei é uma garantia estabelecida a favor do cidadão, ele pode renunciar a ela; dessa forma, o consentimento substituiria a habilitação legal e suprimiria os limites da reserva. Daí que, iniciada a relação especial de sujeição, o servidor passa a se submeter a intensos poderes que são exercitados no seio do Estado, englobados pelo *poder*

⁵⁹⁷ LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, p. 69 e 70.

⁵⁹⁸ Sobre o liame entre as relações especiais de sujeição e a teoria da impermeabilidade jurídica, cite-se a doutrina de Luís S. Cabral de Moncada (**Lei e regulamento**, p. 433 e 434): "A origem doutrinal das 'relações especiais de poder' deve ir buscar-se à tese da 'impermeabilidade' do âmbito interno do estado ao direito. (...) Limitando-se a regular relações de sujeitos jurídicos independentes, não penetraria a regra de direito no domínio das relações (endógenas) do Estado consigo próprio ou seja, com os indivíduos que lhe serviam de meios instrumentais para a prossecução das suas funções, ou para a respectiva justificação, a saber, funcionários públicos, soldados, alunos e detidos. Tais indivíduos como que penetravam, querendo-o ou não, no âmbito interno do Estado, passando a fazer parte dele. Ao fazê-lo, despediam-se da sua condição de cidadãos, de seres autónomos e não podiam aspirar a que as suas relações com o Estado fossem regidas por uma norma jurídica. Aí só valiam normas de carácter interno, não jurídico. Não há aqui qualquer relação entre sujeitos independentes. Na perspectiva de Anschütz e Thoma as coisas não são fundamentalmente diferentes: tratando com indivíduos que lhe estão especialmente ligados e numa relação especial, o Estado não elabora normas jurídicas. Não é de limitar os direitos respectivos que se trata, mas de os comandar e organizar em ordem à melhor prossecução das suas funções. As normas são pois internas e podem ser pelo executivo unilateralmente elaboradas, pois que nada limitam, são indiferentes à propriedade e liberdade e logo ao direito. As características essenciais de tais situações são: irrelevância da reserva da lei e dos direitos, tratamento através de normas internas e insindicabilidade judicial. Pode o Executivo elaborar à vontade normas de competência, de processo e até disciplinares que em nada afectam o teor das relações (gerais) entre o Estado e o cidadão cujo âmbito material é outro. Como se vê, nasceu em berço sólido a 'teoria das relações especiais de poder'."

hierárquico ou *poder de serviço*⁵⁹⁹ - um poder jurídico especial que será exercido, em nome do Estado, sobre o indivíduo para dirigi-lo no cumprimento exato dos seus deveres.^{600 601}

Na consolidação da teoria clássica das relações especiais de sujeição, a doutrina de Otto Mayer foi seguida por importantes juristas como Fritz Fleiner⁶⁰² e, posteriormente, Paul Kahn, que elaborou a primeira monografia sobre o tema⁶⁰³.

Assim, pela teoria clássica, a ideia geral é que nas relações especiais de sujeição não se aplicavam (ao menos não em sua plenitude) as garantias jurídicas asseguradoras da esfera de liberdade dos indivíduos: o princípio da legalidade, a proteção dos direitos fundamentais e a possibilidade de tutela judicial de direitos (o que as diferenciava, portanto, das relações de sujeição geral). O **princípio da legalidade** tinha sua aplicação diferenciada em ambas as searas porque, repise-se, entendia-se que a reserva de lei - que garante que o Estado só intervenha em certas esferas da vida do indivíduo com autorização do Parlamento - não tinha validade no ambiente interno da Administração, e, logo, no âmbito das relações

⁵⁹⁹ Nomenclatura utilizada por Mariano López Benítez (*Ibid.*, p. 71). Mas na tradução da obra do administrativista alemão, lançada pela editora argentina Depalma em 1982, o termo alemão *Dienstgewalt* que Mariano López Benítez traduz para o castelhano como *poder de servicio*, é traduzido por Horácio H. Herádia e Ernesto Krotoschin como *poder jerárquico* (MAYER, **Derecho administrativo alemán. Tomo IV - Parte Especial**, p. 65).

⁶⁰⁰ MAYER, **Derecho administrativo alemán. Tomo IV - Parte Especial**, p. 65 a 76. Esse poder hierárquico, na visão de Otto Mayer, teria duas manifestações externas: a ordem hierárquica e o poder disciplinar. A ordem hierárquica é uma espécie de instrução dada pelo superior hierárquico ao servidor, que determina, de forma obrigatória, a sua conduta e, como consequência, gera o dever de obediência do subordinado. O poder disciplinar teria justificativa na ideia da correção pedagógica ou educacional (o que o diferenciaria do poder punitivo genérico do Estado) - segundo o autor, a relação de serviço de direito público implica necessariamente uma fidelidade e uma devoção especiais, de forma que uma contravenção nesse âmbito, mais que representar apenas uma desordem que se quer reprimir, possibilitaria inferir a existência de sentimentos que não estão de acordo com aquela exigência fundamental (demonstrando assim que aqueles são servidores que não convém ao Poder Público manter). E, dessa forma, diante desse caráter corretivo do poder disciplinar, não existiria uma obrigação jurídica de castigar, mas sim um direito cujo exercício estaria à livre disposição do seu titular.

⁶⁰¹ LÓPEZ BENÍTEZ, **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, p. 84 a 86. Mariano López Benítez sublinha que esta perspectiva excessivamente individualista dos direitos e liberdades demonstra a influência das ideias francesas e do idealismo hegeliano na doutrina de Otto Mayer o que, aliás, foi um dos principais pontos da crítica que posteriormente foi direcionada à sua teoria. Saliencia que Otto Mayer criou um sistema dogmático que compatibilizou os avanços derivados do Estado de Direito com a própria história e realidade alemã. Adiante (p. 93), destaca que Otto Mayer estava tão convencido da correção de seu sistema que, quando anos mais tarde se modifica a realidade constitucional pela instituição do regime de Weimar, ele não entenderá necessário proceder a nenhuma revisão da sua obra - na terceira edição alemã, publicada em 1924, ele inclusive inicia o prólogo destacando que nada havia mudado no direito administrativo alemão e cunhando sua conhecida expressão de que enquanto o direito constitucional passa, o direito administrativo permanece (*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*).

⁶⁰² Veja-se: Fritz Fleiner (**Instituciones de derecho administrativo**, Traducción de la octava edición alemana. Barcelona - Madri - Buenos Aires: Editorial Labor S.A., 1933, p. 133 a 136)

⁶⁰³ LÓPEZ BENÍTEZ, **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, p. 98. Ricardo García Macho (**Las relaciones de especial sujeción en la constitución española**, p. 43 e 44) ressalta, entretanto, ponto em que Paul Kahn se distancia de Otto Mayer: para aquele autor, seriam titulares dessas relações, além do Estado, também pessoas privadas, como pais (em relação aos filhos), empresários etc. Otto Mayer, como foi dito, limita as relações de sujeição especial ao direito público.

especiais de sujeição. Nesse espaço, a atuação estatal se dava por meio de diretrizes administrativas ou de instruções, sem submissão ao princípio da supremacia de lei, ou seja, o Estado podia atuar sem amarras na edição de normas de conduta aplicáveis aos indivíduos a elas sujeitos. Como entendia-se que essas normas não tinham caráter de normas jurídicas, elas podiam ser modificadas por outros atos administrativos internos posteriores, criando, portanto, uma situação de imprevisibilidade e de falta de segurança, diferente das relações de sujeição geral, em que já se havia conseguido assegurar essas garantias. Entendia-se que as pessoas que ingressavam na esfera interna do Estado e passavam a fazer parte do aparato administrativo renunciavam ao seu *status* de liberdade, de forma que as normas editadas pela Administração nesse âmbito não afetavam a esfera protegida do indivíduo, pois se limitavam a concretizar as obrigações próprias do serviço a que tinham se submetido⁶⁰⁴. Também os ***direitos fundamentais*** tinham vigência diferenciada conforme se tratasse de relações gerais ou de relações especiais de sujeição. De fato, como na esfera interna estatal a Administração atuava sem se submeter ao direito, isso também abrangia os direitos fundamentais⁶⁰⁵ - entendia-se que nessa esfera interna, as pessoas passavam a fazer parte

⁶⁰⁴ No entanto, Mariano López Benítez (***Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción***, p. 162 a 164), nesse ponto, destaca que é preciso se reconhecer que, na verdade, mesmo durante a vigência da teoria clássica, as relações especiais de sujeição não tinham o caráter tão marcadamente *não jurídico* como pode parecer à primeira vista. Como detalhado, o desenvolvimento da teoria das relações de sujeição especial vale-se de um entendimento particular do Estado, em que este assumia uma personalidade jurídica única - no interior de sua pessoa, na condição de órgão, estava o Parlamento e o Executivo, este último identificado com o próprio Monarca. A consequência desta concepção foi a proclamação do caráter não jurídico das relações estabelecidas entre os órgãos no interior da pessoa do Estado - a partir dessa ideia foi desenvolvida a teoria das relações de sujeição especial e assim nasceu o mito da *não juridicidade* dessas relações. Essa não juridicidade tem suas raízes nas dificuldades existentes para formar o conceito de órgão como unidade substancial e básica da organização administrativa (nos estágios iniciais, inclusive, houve uma espécie de confusão entre os órgãos e as pessoas que estavam nele) - a esta identidade, justapunha-se a ideia da personalidade do Estado e o resultado foi não apenas a *não juridicidade* das relações estabelecidas entre os órgãos, mas também - e por extensão - das relações constituídas com as pessoas físicas titulares deles. No entanto, o autor destaca que as construções dogmáticas de Laband ou de Mayer nunca chegaram a reduzir *a nada* a personalidade jurídica das pessoas físicas que se encontravam nos órgãos respectivos. Laband defende que os funcionários estão submetidos a um *ius singulares*, composto de deveres, mas também de direitos; já Mayer é meticoloso em demarcar os direitos dos funcionários (tanto os civis quanto os militares); também Schmitthenner admitia uma dupla perspectiva na consideração sobre os servidores do Estado. Dessa forma, López Benítez alerta que esse dado, que tantas vezes é repetido sobre o caráter *não jurídico* das relações especiais de sujeição teve na prática menos peso do que pode parecer à primeira vista - é que essas relações, na verdade, mostraram-se muito mais juridificadas do que se costuma dizer. De fato, a posição do funcionário já era objeto de vasta regulação jurídica no direito prussiano no final do século XVIII. Dessa forma, não é de se estranhar, alerta o autor, que, à medida que o conceito de órgão vai se fixando no sentido de torná-lo independente das pessoas físicas dos seus titulares, o argumento sobre a *não juridicidade* das relações especiais de sujeição perde sua força.

⁶⁰⁵ Quanto à vigência dos direitos fundamentais no âmbito da relação de sujeição especial na concepção clássica, cite-se a doutrina de José Carlos Vieira de Andrade (***Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976***, p. 294): "A função das 'instituições', enquanto sistemas de ordenação específicos de relações, só poderia cumprir-se se as estruturas organizadas (serviços) que os suportam operassem numa base de confiança, de eficiência e sobretudo de disciplina incompatíveis com os obstáculos resultantes da consideração individual de cada pessoa enquanto titular de direitos

do aparato administrativo, deixavam de ser sujeitos jurídicos independentes, o que fazia com que uma das condições essenciais para a vigência dos direitos fundamentais já não se fizesse presente, qual seja, a existência de dois sujeitos de direito entre os quais exista uma linha de respeito e garantia mútua em cada âmbito respectivo. Noutras palavras: àquela época, os direitos fundamentais tinham a função precípua de defender o cidadão frente ao Estado, de forma que os sujeitos *dentro* da esfera interna estatal não eram titulares de direitos fundamentais pois, nessa condição, eles não estavam localizados na sociedade, eles *eram o próprio Estado*. Por fim, quanto à **tutela judicial**, diversamente do que ocorria no âmbito das relações gerais de sujeição, na seara das relações especiais, como se tratava de campo não regido pelo direito, seus atos não eram objeto de conhecimento pelos tribunais. Àquela época, as relações especiais de poder espelhavam, pois, a independência do Executivo com relação ao Legislativo e ao Judiciário, uma vez que os principais instrumentos de atuação de ambos os poderes (lei e sentença) restavam excluídos desse âmbito.

A partir de 1918, entretanto, ocorreram diversas mudanças no contexto político-constitucional alemão, que se refletiram na Constituição de Weimar e representaram a supressão dos fundamentos normativos que serviram de base para a elaboração originária da teoria das relações de sujeição especial: a queda da monarquia (e o consequente abandono do princípio monárquico, substituído pelo princípio democrático)⁶⁰⁶, o fortalecimento da supremacia da lei, a vinculação da Administração à lei e a consagração da reserva de lei em matéria de direitos fundamentais. Como era de se supor, essas mudanças exigiram uma acomodação científica do Direito Administrativo à nova realidade constitucional, o que, por evidente, deveria repercutir na configuração das relações de sujeição especial (mesmo considerando a curta vigência da Constituição de Weimar). No entanto - apesar das críticas à teoria clássica e das tentativas de sua adaptação ou matização pela doutrina⁶⁰⁷ -, a verdade é que durante a vigência da Constituição de Weimar manteve-se a mesma visão sobre as relações especiais de sujeição. Mariano López Benítez cita como causas dessa conservação de *status*: (i) a discrepância entre a normatividade proclamada entre a Constituição e a realidade prática - prova disso é que os vários autores decisivos para a

fundamentais. A salvaguarda de interesses e bens comunitários ligados à função exercida (por vezes expressivamente considerada como missão) justificaria a compreensão dos direitos dos que, por sua livre vontade ou por decisão da lei ou do juiz, nela participam ou a ela estão sujeitos." Mas logo em seguida (p. 294 e 295) o autor apresenta a crítica a essa concepção clássica: "Só que, apesar de bem fundada, esta argumentação não justificava que as relações especiais de poder estivessem completamente desvinculadas da lei e da Constituição, designadamente no que dizia respeito aos direitos fundamentais. A necessidade de obediência não tinha que ser absoluta nem postulava um estatuto de servidão para os sujeitos dessas relações."

⁶⁰⁶ PEREIRA, As restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição.

⁶⁰⁷ Sobre o tema, veja-se: Iñaki Lasagabaster Herrarte (**Las relaciones de sujeción especial**, p. 49 a 52) e Mariano López Benítez (**Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, p. 99 a 102).

formação da teoria (como Mayer, Fleiner etc) em novas edições de seus livros defenderam a manutenção da teoria sem necessidade de adaptações⁶⁰⁸; (ii) o fato de que a Constituição de Weimar se mostrava como uma "Constituição neutra" em sua própria defesa (fator que inclusive contribuiria com sua destruição⁶⁰⁹); (iii) a leitura continuísta que se fez nessa época de muitos dos preceitos constitucionais⁶¹⁰, o que permitiu essa dissociação entre o texto constitucional e a realidade - apesar da constitucionalização de um amplo catálogo de direitos fundamentais, praticamente não se avançou em seu reconhecimento no âmbito das relações especiais de sujeição.⁶¹¹

⁶⁰⁸ No mesmo sentido, Jane Reis Gonçalves Pereira (As restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição) aduz: "Parecia coerente, nesse contexto, que as formulações sobre as relações de sujeição tivessem sofrido um severo processo de questionamento crítico. No entanto, isso não ocorreu. Embora a referida teoria tenha sido objeto de algumas objeções ocasionais, a falta de equivalência entre o conteúdo normativo da Constituição de Weimar e a realidade política que prevaleceu após seu advento permitiu a sobrevivência das teses clássicas sobre as relações de sujeição."

⁶⁰⁹ É o que, posteriormente, permitiu que seu texto servisse para dar amparo ao desmonte do regime democrático-liberal. Com efeito, na época do nacional-socialismo, os fracos e escassos mecanismos de autodefesa da Constituição de Weimar - a qual autorizava reformas constitucionais pela via legislativa ordinária e concedia ao Presidente do Reich um amplo poder de editar leis - permitiram a promulgação de diversas normas que conduziram, ao fim, à Lei de Plenos Poderes, de 1933, que conferia ao governo o direito de promulgar e executar as leis sem aprovação ou possibilidade de veto do Parlamento. Foi exatamente esse o instrumento que permitiu a Hitler acabar com a vida parlamentar e o regime democrático na Alemanha.

⁶¹⁰ LÓPEZ BENÍTEZ, **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, p. 106 a 108. Com efeito, o autor (p. 108 a 111) destaca, por exemplo, os posicionamentos de Richard Thoma, que defendia que, regra geral (e em caso de dúvida) os direitos fundamentais apenas são moldados e cunhados para as relações gerais; de Carl Schmitt que reduz a efetividade dos direitos fundamentais quando interpreta as previsões da Constituição de Weimar sobre os funcionários públicos (segundo o autor, os deveres do status de funcionário devem preceder as garantias da liberdade de associação e da liberdade de opinião política, uma vez que esses direitos afetam prescrições também previstas constitucionalmente relacionadas a uma garantia institucional); e de Freudenberg, que destaca o consentimento como elemento que remove os obstáculos derivados da afirmação da reserva de lei e confere um papel central ao fim ou objetivo do estabelecimento (segundo o autor, o ingresso no estabelecimento significaria o consentimento sobre os fins deste estabelecimento e sobre todas as intervenções na própria liberdade e que sejam indispensáveis para se alcançar esses objetivos).

⁶¹¹ Ricardo García Macho (**Las relaciones de especial sujeción en la constitución española**, p. 58 e 59), no entanto, entende que esse continuísmo não foi absoluto; segundo o autor, algumas modificações foram produzidas nas relações especiais de sujeição pela Constituição de Weimar - cita como exemplo, no âmbito funcional, o reconhecimento dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e de associação (embora, nesse último caso, houvesse restrição para as associações que pudessem colocar em perigo a segurança do Estado), fazendo com que os servidores passassem a ser enxergados como cidadãos. Embora as finalidades de determinados grupos (como funcionários, forças armadas) pudesse justificar a restrição dos direitos fundamentais dos indivíduos pertencentes a estes coletivos, havia o entendimento de que essas restrições deveriam se realizar dentro de certos limites (só seriam justificadas na medida da sua necessidade para o cumprimento dos fins que aquelas instituições têm que cumprir) e que, em caso de dúvida, deveriam ser reforçados os direitos fundamentais e não as relações especiais de sujeição. Dessa forma, entende o autor que, ainda que com certa morosidade e timidez, durante a vigência da Constituição de Weimar foram dados alguns passos para harmonizar os conceitos básicos do direito administrativo à nova conjuntura constitucional - mas, essa tendência foi totalmente paralisada com a chegada do Terceiro Reich.

Durante o nazismo (1935 a 1945) houve uma modificação substancial da concepção de Estado: Estado e sociedade passaram a constituir um todo único⁶¹², ocorrendo um estreitamento tão grande entre eles que praticamente desapareceram as linhas divisórias com as relações de sujeição geral⁶¹³, de forma que as relações de sujeição especial perdem sua razão de ser como categoria jurídica autônoma⁶¹⁴ (todas as relações adquirem aspectos de sujeição especial, principalmente em razão do franco retrocesso na proteção dos direitos fundamentais⁶¹⁵).

Com a queda do nazismo, o novo processo constitucional alemão levou à promulgação da Lei Fundamental de Bonn (1949), com rígidos mecanismos de autodefesa e a expressa consagração de elementos do sistema democrático, tendo como pilares a soberania popular e o Estado social de Direito. O reconhecimento de que todos os poderes emanam do povo modifica as posições que assumem o Executivo e o Legislativo - ao contrário do que acontecia na monarquia constitucional, assiste-se então a um certo predomínio do Legislativo. A atividade legislativa não é mais compartilhada com o Executivo, é uma função autônoma do Parlamento - os poderes normativos do Executivo se circunscrevem à emissão de regulamentos denominados "jurídicos", editados a partir de uma habilitação legal que determina o conteúdo, o objeto e o alcance da autorização.⁶¹⁶

No entanto, a Lei Fundamental de Bonn mantém a competência do Executivo para, além de regulamentos jurídicos, editar as tradicionais "instruções administrativas", clássico instrumento de atuação no seio das relações especiais de sujeição, o que, desde logo, suscita dúvidas: (i) persiste, sob a égide da Lei Fundamental de Bonn, a crença de que existe um campo próprio e exclusivo da Administração?; (ii) qual o critério para se conceituar essas instruções administrativas?; (iii) como se compatibiliza a subsistência dessas instruções com a cláusula geral de sujeição dos atos da Administração Pública aos Tribunais (consagrada expressamente pela Lei Fundamental)?⁶¹⁷ Além disso, a Lei Fundamental de Bonn consagrou o princípio do Estado Social e incorporou uma série de desígnios comunitários, o que acarretou a necessidade de justificar restrições aos direitos fundamentais com o objetivo de viabilizar o funcionamento de instituições relacionadas à consecução do bem comum - daí

⁶¹² HERRARTE, **Las relaciones de sujeción especial**, p. 53.

⁶¹³ MACHO, **Las relaciones de especial sujeción en la constitución española**, p. 53.

⁶¹⁴ PEREIRA, As restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição. Nas palavras da autora: "De fato, o autoritarismo que marcou essa fase amarga da história germânica acarretou o desvanecimento da distinção entre relações de sujeição especial e relações gerais, uma vez que todas as garantias individuais restaram aniquiladas."

⁶¹⁵ LÓPEZ BENÍTEZ, **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, p. 113.

⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 114 a 116.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 116 a 117.

que a ideia de restrições a direitos com fundamento nas relações especiais de sujeição não parecia totalmente descabida.⁶¹⁸

Assim, logo após a entrada em vigor da Lei Fundamental de Bonn, a par das tentativas da doutrina no sentido de sua juridificação, a teoria das relações de sujeição especial se manteve com poucas alterações em relação às teses tradicionais.⁶¹⁹ Mesmo com o reconhecimento de que os direitos fundamentais vinculam e determinam a atuação da Administração e o legislador, de que os atos administrativos devem se submeter ao controle judicial, mesmo que teoricamente não fosse mais possível se cogitar a existência de esferas não vinculadas ao Estado de Direito, na prática, a ideia da necessidade de lei para intervenção na liberdade e na propriedade no indivíduo continuava não sendo válida nas relações internas da Administração, em razão da alta carga histórico-convencional do instituto das relações de sujeição especial, o que ampliava significativamente o campo de atuação livre da Administração. Essa ampliação também podia ser vista no alargamento da tutela judicial apenas aos atos estatais "externos" ou nas delegações legislativas em branco ou globais que aumentavam o âmbito das relações de sujeição especial.⁶²⁰ Ou seja, a Administração manteve um grande espaço de poder de atuação livre.

Havia se instalado, portanto, o problema de como compatibilizar essa situação fática com a vigência dos direitos fundamentais, do princípio da legalidade, da reserva de lei, da proteção jurídica etc.⁶²¹ Foi então que se deu início ao processo de reconfiguração do instituto das relações especiais de sujeição à luz da moderna teoria constitucional - esse processo tem dois marcos especialmente importantes: a reunião de professores de direito público realizada em Mainz em 1956 e a sentença de 14 de março de 1972, proferida pelo Tribunal Constitucional Federal⁶²².

⁶¹⁸ PEREIRA, As restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição.

⁶¹⁹ Para análise da influência da Teoria Pura do Direito de Kelsen nas críticas apresentadas à concepção clássica das relações especiais de poder, veja-se: SILVA, **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição**, p. 93 a 95.

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 71.

⁶²¹ Jorge Reis Novais (**As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 513) assevera que mesmo depois de todas as Constituições terem proclamado a vinculação direta das entidades públicas aos direitos fundamentais, as relações especiais de poder continuaram a ser consideradas como domínios onde a validade e o exercício dos direitos fundamentais sofria alguma forma de afetação imanente, seja naqueles casos em que a integração à relação especial de poder era espontânea e consentida (especialmente sob a perspectiva de que com isso teria ocorrido uma renúncia ao exercício de direitos fundamentais) seja nos casos de integração não voluntária, imposta por decisão judicial ou administrativa coberta por lei (em razão das exigências especiais de funcionamento dessas respectivas instituições que não se compatibilizam com uma vivência normal dos direitos fundamentais). Aduz: "A concepção dominante entendia, designadamente, que a pertença a uma relação especial de poder, sobretudo quando voluntária, habilitava, por si só e independentemente de lei prévia ou de autorização constitucional expressa, a Administração a intervir respectivamente nos direitos fundamentais dos particulares nela integrados, ainda que com base nos regulamentos administrativos especiais emanados da instituição em causa."

⁶²² Além dos dois pontos citados, Luís S. Cabral de Moncada (**Lei e regulamento**, p. 438 e 439) menciona ainda o fato de o legislativo ter começado a avançar sobre matérias que acabavam por limitar

De fato, a discussão do tema na reunião anual dos professores alemães de direito público de 1956, ocorrida em Mainz - em que as atenções se voltaram especialmente às apresentações dos professores Herbert Krüger e Carl Hermann Ule⁶²³ - trouxe algumas repercussões: (i) do ponto de vista jurídico-constitucional, foi importante a diferenciação, proposta por Ule, entre relação fundamental e relação de empresa⁶²⁴ como componentes da relação de sujeição especial - segundo o autor, as relações especiais de poder promovem a integração dos particulares em uma *empresa* com sua organização, à qual o particular deve se amoldar; daí se pode deduzir a distinção entre as relações jurídicas situadas no nascimento, na modificação ou na finalização das relações especiais de poder (relação fundamental) e as relações que se produzem sobre a validade da ordem da empresa (relação de empresa): as primeiras, reguladas por normas jurídicas, são passíveis de impugnação judicial, possibilidade que, entretanto, não se reconhece às últimas; e (ii) Krüger apresenta ainda uma crítica importante à teoria clássica: entende que o consentimento do cidadão não é suficiente para gerar uma relação especial de poder que derogue todo o regime de garantias previsto na Constituição, pois, caso assim fosse, estaria se admitindo implicitamente uma derrogação do preceito constitucional que consagra a origem popular de todo poder. Por outro lado, a principal lacuna foi o aprofundamento do debate sobre a vigência

o espaço interno do Estado e o paulatino abandono da justificativa da adesão voluntária à relação especial de poder (argumento usado como um dos pontos de amparo para legitimar a impermeabilidade jurídica).

⁶²³ WIMMER, Miriam, As relações de sujeição especial na administração pública, **Revista de Direito Público - Instituto Brasiliense de Direito Público**, v. n. 18, p. 31-53, 2007.

⁶²⁴ LÓPEZ BENÍTEZ, **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, p. 125 a 128. Ule afastou tanto a tese de que nas relações especiais de sujeição não haveria proteção jurídica alguma quanto o entendimento de que essa proteção era idêntica à que se verificava nas relações de sujeição geral - sustentou que a resposta era intermediária e perpassava pela dissociação de dois tipos de relações dentro de uma mesma relação especial de sujeição: a relação fundamental e a relação empresarial ou organizativa (ou relação básica e relação de funcionamento). Segundo o autor, a característica das relações especiais de poder seria a integração dos particulares em uma empresa com sua organização, à qual o particular deve se amoldar; daí se pode deduzir a distinção entre as relações jurídicas situadas no nascimento, na modificação ou na finalização das relações especiais de poder e as relações que se produzem sobre a validade da ordem da empresa - as primeiras são as relações fundamentais, a última a empresarial. As relações fundamentais seriam todas reguladas por normas jurídicas e, portanto, passíveis de impugnação judicial; já as medidas tomadas em virtude da relação empresarial não. Sob a ótica da figura do indivíduo (administrado / servidor) na relação de sujeição especial, Clarissa Sampaio Silva (**Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição**, p. 96) resume as principais diferenças entre as relações de serviço e as relações fundamentais nos seguintes aspectos: (i) nas relações de serviço, os indivíduos são considerados na sua qualidade de titulares de cargos ou órgãos submetidos ao poder de direção de seus superiores; o titular do órgão não é considerado em sua personalidade jurídica própria, mas sim como uma instrumento para viabilizar a manifestação da vontade do ente estatal (por isso as medidas adotadas nesse âmbito não seriam consideradas atentatórias aos seus direitos); (ii) nas relações fundamentais, os indivíduos figuram como sujeitos de direito (dessa forma, fazem parte desse âmbito questões como a fixação de limite de idade para ingresso no serviço público ou o regime de férias do servidor, pois são suscetíveis de atingir direitos dos indivíduos).

dos direitos fundamentais no âmbito das relações especiais de poder, que, dada sua importância, necessitaria de maior atenção.⁶²⁵

Após a reunião de Mainz as discussões doutrinárias continuam, especialmente com relação aos dois pontos principais: o princípio da legalidade (da reserva de lei) e a aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito das relações especiais de sujeição. Quanto ao *princípio da legalidade*, embora tivesse quem sustentasse que deveria ser dado o mesmo tratamento dispensado às relações de sujeição geral⁶²⁶, havia entendimentos menos radicais, no sentido de que, ainda que com a aplicabilidade da reserva de lei, as relações de sujeição especial continuavam a desenvolver um papel de destaque no ordenamento jurídico, por representarem exigências de operatividade das quais o sistema simplesmente não podia abrir mão. Dessa forma, o desafio era fazer com que o princípio da legalidade sofresse o mínimo de desgaste possível quando estivesse em aplicação no âmbito de uma relação especial de sujeição. Para enfrentar essa questão, passa a se entender a necessidade de analisar esse tipo de relação não como um todo, mas sim considerando as diversas partes que a compõem - daí o especial protagonismo da distinção proposta por Ule entre relação fundamental e relação de empresa, seguindo-se o entendimento de que a reserva de lei se aplica (apenas) à relação fundamental.⁶²⁷ Da mesma forma, quanto aos *direitos fundamentais*, a par de entendimentos radicais sobre o completo desaparecimento das relações de sujeição especial por serem lesivas aos direitos fundamentais, havia uma parte da doutrina que defendia a indicação de um marco geral dos direitos fundamentais para, em seguida, apontar-se as especialidades a respeito de cada instituição em concreto (chegando-se, inclusive, a se elaborar um rol dos direitos que estariam limitados em cada espécie de relação especial de sujeição); e outra parte que defendia a necessidade de investigar a imbricação entre os direitos fundamentais e o fim específico de cada relação especial de poder - nesse sentido, em alguns casos o binômio entre direitos fundamentais / fins da relação especial de sujeição penderia a favor dos fins (casos em que o direitos fundamentais só valeriam na medida em que os fins da relação os permitissem ou tolerassem).⁶²⁸

⁶²⁵ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, 1ª ed. Córdoba: Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba; Civitas, 1994, p. 129 a 135. Destaca-se apenas a intervenção de Otto Bachoff que propôs a discussão sobre os direitos fundamentais e os fins das relações especiais de sujeição, nesse sentido: se os fins da relação especial de poder têm que se orientar aos direitos fundamentais ou se, ao contrário, os direitos fundamentais só valem na medida desses fins.

⁶²⁶ Sobre o tema, veja-se: MACHO, Ricardo García, **Las relaciones de especial sujeción en la constitución española**, Madri: Tecnos, 1992, p. 73 e 74.

⁶²⁷ LÓPEZ BENÍTEZ, **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, p. 139 e 140.

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 142 e 143. Adiante (p. 143 e 144), o autor lembra ainda que dentro dessa linha restritiva situava-se ainda a chamada doutrina dos limites imanentes, utilizada por aqueles que queriam inutilizar a teoria das relações de sujeição especial - segundo essa teoria cada direito fundamental deve ser interpretado de acordo com os valores e bens constitucionalmente protegidos; o resultado dessa

O próximo grande marco no processo de desenvolvimento e de releitura democrática da teoria das relações de sujeição especial é a sentença do Tribunal Constitucional Federal alemão de 14 de março de 1972 - é esta decisão que começa a delimitar os contornos atuais do instituto, tornando-o compatível com a ordem constitucional, com os princípios estruturantes do Estado democrático de Direito, principalmente, com a sistemática dos direitos fundamentais.

O caso concreto analisado na referida decisão judicial diz respeito à possibilidade de interceptação, pelo diretor do presídio, com base em uma instrução administrativa, de uma carta enviada por um preso, tendo o Tribunal Constitucional Federal alemão decidido que os direitos fundamentais dos presos só poderiam ser restringidos por lei ou com fundamento em lei.⁶²⁹ Rompe-se, portanto, o entendimento que vinha se mantendo até então de que as intervenções administrativas no regime penitenciário (ou seja, no seio de uma relação especial de sujeição) podiam ser feitas sem prévia habilitação legal.^{630 631}

interpretação permite encontrar os limites de todos os direitos fundamentais (inclusive daqueles que o Constituinte concebeu como ilimitados); dessa forma, a consagração constitucional de um direito não significa apenas a sua institucionalização, mas também o reconhecimento de que ele é limitado, em virtude dos outros valores constitucionais (como por exemplo, as diversas relações de sujeição especial previstas na Constituição).

⁶²⁹ O caso concreto pode ser assim resumido: (i) um preso havia escrito uma carta a uma organização que prestava assistência aos detentos; (ii) nessa carta havia declarações ofensivas contra o pessoal do estabelecimento prisional e denúncias de irregularidades praticadas por eles; (iii) a carta foi interceptada e retida pelo diretor da prisão, que invocou o artigo 155, II da Ordenação de Prisões (uma instrução administrativa) para fundamentar seu ato; (iv) depois de esgotar os recursos administrativos, o caso chegou ao Tribunal Constitucional Federal; (v) o Tribunal Constitucional, então, decidiu no sentido de que os direitos fundamentais dos presos podem ser limitados por lei ou com fundamento em uma lei, ou seja, entendeu que o controle das cartas dos presos é constitucional, desde que sejam respeitadas as garantias formais estabelecidas em favor dos direitos fundamentais (a reserva de lei). Ricardo García Macho (**Las relaciones de especial sujeción en la constitución española**, p. 83 e 84) relata que o Tribunal de Karlsruhe decidiu que: (i) a priori, o controle das cartas e correspondências dos presos não infringia o direito ao segredo de correspondência - esse controle podia e devia ser feito por razões de segurança, para evitar, por exemplo, que o segredo da correspondência fosse utilizado para preparar, junto com cúmplices que estivessem fora da prisão, uma fuga do cárcere; (ii) por outro lado, no entanto, estaria sendo afetado o direito que o preso demandante tem de expressar com liberdade suas opiniões e, em consequência, valorar da forma que entender conveniente certos atos que se produzem na prisão ou determinadas condutas dos funcionários. Ou seja, entendeu-se que os juízos de valor que o preso lança em sua carta estão protegidos pela liberdade de opinião, garantia essa que não exige que essas opiniões tenham uma determinada qualidade ou valor ético. Destaque-se que no caso concreto a carta se dirigia a uma organização voltada a ajudar os presos, explicando algumas irregularidades que teriam acontecido com ele e criticando atos e pessoas. O Tribunal Constitucional, por sua vez, também considerou que a censura dessa carta infringe o direito do preso de expressar livremente suas opiniões.

⁶³⁰ Jürgen Schwabe (**Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, p. 161) atesta que a relevância desta decisão está em se entender que existe um limite constitucional na relação do titular do direito com o poder público - esse limite não é extraordinário, como ocorre em estados de exceção, mas é um limite subjetivo especial, o qual, entretanto, tem um ônus maior de fundamentação (ou seja, são submetidas a limites - limites dos limites - mais rigorosos).

⁶³¹ Vale ressaltar, no entanto, que o próprio Tribunal Constitucional Alemão reconheceu a mora legislativa na promulgação de lei para regulamentar a execução penal, admitindo a necessidade de um período de transição, no qual as limitações aos direitos fundamentais dos detentos poderiam ser

Desta decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão pode ser extraída uma série de consequências interpretativas: (i) assenta-se a premissa de que os direitos fundamentais dos presos não são ilimitados, embora eventuais limitações só possam advir de lei ou de um regulamento jurídico (ou seja, com lastro em uma lei e nunca diretamente de instruções administrativas) - diversamente do que vinha ocorrendo até então, aplica-se, pois, o princípio da legalidade (reserva de lei) na esfera da ordenação penitenciária; (ii) afasta-se a possibilidade de que a simples invocação da categoria das relações especiais de sujeição sirva de justificativa para limitar os direitos fundamentais; (iii) também se rechaça a possibilidade de o Executivo poder criar o direito como um poder próprio derivado diretamente da Constituição,⁶³² e (iv) estabelece-se que as restrições aos direitos fundamentais daqueles indivíduos inseridos em relações de sujeição especial devem ser indispensáveis e adequadas para alcançar a finalidade a que se destinam.⁶³³

Após esta decisão, parte da doutrina prepara um verdadeiro réquiem para as relações especiais de poder: afirma-se a incompatibilidade do instituto com a nova estrutura constitucional e o abandono dos elementos que até então as caracterizavam. Mas, de outro lado, vozes mais moderadas tratam de tentar reposicioná-las sob um novo paradigma, remodelado após a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão e dissociado de sua origem autoritária - ou seja, com a garantia da aplicabilidade, em seu âmbito, da reserva de lei, dos direitos fundamentais e da proteção dos tribunais⁶³⁴ -, destacando a necessidade de sobrevivência do instituto em razão da sua incontestável funcionalidade.⁶³⁵

De fato, a funcionalidade da categoria poderia ser explicada pelo inafastável pressuposto fático de que existem determinados grupos de pessoas que mantêm com o Estado uma relação de muito maior intensidade e proximidade, de forma que esse vínculo não se desenvolve da mesma forma do que aquele travado entre Estado e cidadãos em geral. E, sendo assim, mesmo que se reconheça a aplicabilidade da reserva de lei, dos direitos fundamentais e da proteção dos tribunais no âmbito das relações especiais de sujeição, essa peculiaridade do vínculo faria com que esses princípios e direitos tomassem formas diferentes da que assumem no âmbito das relações de sujeição geral.⁶³⁶

feitas sem base em lei; no entanto, o Tribunal estipulou um prazo para que o legislador pudesse editar a lei que habilitasse a atuação administrativa na seara prisional.

⁶³² LÓPEZ BENÍTEZ, **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, p. 147 e 148.

⁶³³ PEREIRA, As restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição.

⁶³⁴ MACHO, **Las relaciones de especial sujeción en la constitución española**, p. 84.

⁶³⁵ LÓPEZ BENÍTEZ, **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, p. 149 a 151.

⁶³⁶ Sobre o tema, veja-se: MACHO, Ricardo García, **Las relaciones de especial sujeción en la constitución española**, Madri: Tecnos, 1992, p. 88 a 103.

Atualmente o conceito das relações especiais de sujeição tem sido utilizado pela doutrina e pela jurisprudência em diversos ordenamentos jurídicos de forma atualizada e desconectada de sua origem autoritária (por exemplo: na Alemanha, na Espanha⁶³⁷, na Suíça e em Portugal).⁶³⁸ No Brasil, o tema não foi desenvolvido explicitamente, havendo pouco debate sobre o assunto, muito embora a utilidade de sua análise no contexto brasileiro seja inquestionável, tanto para melhor dimensionar de forma geral a situação jurídica dos indivíduos inseridos nas relações especiais de poder quanto para se analisar, de forma mais técnica e fundamentada, o tratamento conferido a eventuais restrições de direitos fundamentais no âmbito dessas relações jurídicas⁶³⁹.

⁶³⁷ Na Espanha, há uma crítica recorrente à enorme ampliação do instituto pela jurisprudência - a título de exemplo, veja-se: ÁLVAREZ, Tomás Prieto, *La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*, **Revista de Administración Pública**, n. 178, p. 215 a 247, 2009.

⁶³⁸ PEREIRA, As restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição.

⁶³⁹ Com efeito, são poucos os autores brasileiros que tratam do tema - a título de exemplo, além dos autores já citados supra que tratam especificamente sobre o tema (como Clarissa Sampaio Silva e Jane Reis Gonçalves Pereira) veja-se: (i) Celso Antônio Bandeira de Mello (**Curso de direito administrativo**, p. 848 a 852) menciona a dicotomia entre a supremacia geral e a supremacia especial (representando a última as relações especiais de sujeição): segundo o autor, a Administração Pública, com fundamento na supremacia geral, não possui poderes para agir senão os extraídos diretamente da lei; no entanto, poderes outros lhe seriam conferidos (não sacáveis diretamente da lei), quando estivesse em uma relação de sujeição especial - segundo o autor, tal distinção deve ser recebida no direito pátrio com todas as cautelas e limitações, em especial, sem conferir à supremacia especial a característica da impermeabilidade jurídica interna da Administração; resumidamente, afirma que o fato de existirem relações em que o indivíduo se insere em uma posição diferenciada frente ao Estado (com deveres e até eventualmente direitos diferentes) e o fato de essas relações precisarem ser reguladas de forma efetiva (o que seria inviável por via legislativa exclusiva, dada a quantidade de situações a serem reguladas e a necessidade de alta pormenorização dessas normas) justificariam a subsistência da categoria das relações especiais de sujeição no direito pátrio (mantendo-se assim, nas palavras do autor, "enquanto não construirmos categorias próprias para explicar detidamente as aludidas situações"). (ii) Hely Lopes Meirelles (**Direito administrativo brasileiro**, p. 145) também menciona, mas *en passant*, a supremacia especial, definindo-a como supremacia que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza, sujeitando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento que passam a integrar de forma definitiva ou transitória. Essa menção é feita pelo autor ao tratar do poder disciplinar, o qual, assevera, é uma supremacia especial. (iii) Fábio Medina Osório (**Direito administrativo sancionador**, p. 140 e 239) trata do tema ao analisar o Direito Administrativo Sancionador, consignando que naquele âmbito existe uma ampla gama de regimes jurídicos, a começar pelas relações disciplinares, que se encontram na categoria das relações de sujeição especial (a diversidade do conteúdo dessas relações e de seu tratamento dispensado no âmbito do direito penal e no próprio âmbito do direito administrativo leva o autor a afiançar a inexistência de um unitário *ius puniendi* estatal fixado em bases rígidas, embora seja possível se reconhecer uma uniformidade baseada na fundamentação das regras e princípios com conteúdos comuns ao direito punitivo). Assevera o autor, ainda, que aqueles que se encontram submetidos a relações de sujeição especial ficam expostos a uma legalidade mais flexível e aberta, uma vez que ostentam uma primária restrição comportamental, havendo necessidade de que suas atuações se fundamentem em permissões legais, o que faz com que a disciplina normativa do Estado termine atuando, na perspectiva sancionadora, de modo mais rigoroso. Por sua vez, Daniel Ferreira (**Sanções administrativas**, São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2001, p. 35 e 91) conceitua o regime de sujeição especial como aquele que coloca o indivíduo em uma posição peculiar frente ao Estado, em razão de um elo específico, reconhecendo, quanto ao tema do poder punitivo estatal, que no âmbito das referidas relações existe uma solução mais flexível com relação aos ditames do princípio da legalidade, consistindo na previsão em lei das possíveis sanções e uma autorização legal genérica para a estatuição das infrações. Por fim, também Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES; COELHO; BRANCO, **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, p. 191 a 193) menciona as

É que, como já exposto, existe uma realidade fática - que se verifica também no Brasil - que não pode ser desconsiderada (ou, melhor dizendo, desconsiderá-la não fará desaparecer o problema que ela representa): é inquestionável que a própria Constituição outorga tratamentos especiais a certos grupos, o que acaba acarretando a singularidade do *status* jurídico desses sujeitos⁶⁴⁰; é inegável que existem indivíduos que estabelecem relações muito mais intensas e de maior proximidade com o Estado, em razão de sua inserção em determinadas esferas da vida pública / administrativa - dessa forma, não é viável que mantenham com o Estado o mesmo tipo de vínculo que o cidadão comum estabelece em uma relação geral de sujeição⁶⁴¹. Nos casos das relações de sujeição especial há uma maior vinculação do indivíduo com o Estado (como é o caso dos servidores públicos ou dos militares, por exemplo), ocorrendo situações restritivas aos direitos dessas pessoas que não podem ser previstas de antemão, nas quais a Administração precisa ter uma certa liberdade de atuação para cumprir seus objetivos. Ou seja, a realidade fática, nesses casos - que envolve inclusive o atingimento dos fins estatais - é diferente daquela que circunda as relações comuns travadas entre o cidadão e o Estado. Por isso, essas relações são - e devem mesmo ser - tratadas de forma diferente. Daí a necessidade de se continuar diferenciando as relações de sujeição geral das relações de sujeição especial.⁶⁴²

Neste sentido, é possível afirmar que a sobrevivência do instituto das relações especiais de sujeição se impõe porque sua funcionalidade é inquestionável⁶⁴³. No entanto,

relações especiais de sujeição, mas em um contexto específico de análise de restrições de direitos fundamentais.

⁶⁴⁰ ÁLVAREZ, La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción.

⁶⁴¹ Nesse sentido, Konrad Hesse (**Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 259) afirma que o conceito das *relações de poder especial (status especial)* indica aquelas relações que fundamentam uma relação mais estreita do particular com o Estado e deixam nascer deveres especiais, que ultrapassam os direitos e deveres gerais do cidadão, em parte, e também direitos especiais.

⁶⁴² MACHO, **Las relaciones de especial sujeción en la constitución española**, p. 85 a 87. O autor cita, a título de exemplo, os funcionários públicos - o relacionamento diário entre funcionários e Administração é regido por um arcabouço normativo que regula, por exemplo, a posição jurídica que os funcionários assumem perante a Administração, garantindo-lhes direitos fundamentais e segurança jurídica; no entanto, as obrigações diárias do grupo, via de regra, estão reguladas por meio de cláusulas gerais, o que seria inimaginável no contexto das relações gerais de sujeição - já as relações de sujeição especial não poderiam funcionar sem essas cláusulas, pois restaria paralisada a atividade da Administração.

⁶⁴³ Deixe-se claro, entretanto, que o entendimento sobre a subsistência das relações de sujeição especial e sua proeminente funcionalidade, ao qual se adere nesse estudo, não é unânime na doutrina. Iñaki Lasagabaster Herrarte (**Las relaciones de sujeción especial**, p. 57 a 59 e p. 425), embora reconheça sigam sendo uma categoria amplamente utilizada, entende que as relações especiais de sujeição já não encontrariam justificativas para sua manutenção, pois os avanços do Estado de Direito e a eliminação da separação Estado-sociedade teriam afastado a necessidade da categoria. Segundo o autor, os problemas com a legalidade ou com os direitos fundamentais podem ser resolvidos se valendo de instrumentos ordinários de interpretação; acudir-se das relações de sujeição especial para essa finalidade parece ser uma solução fácil, pouco rigorosa e de duvidosa compatibilidade com o texto constitucional. Vasco Pereira da Silva (**Em busca do acto administrativo perdido**, Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 95 e 96) é ainda mais enfático - segundo o autor, as relações especiais de

diante de tudo que já foi exposto, é incontestável que essa subsistência só foi possível a partir de um pressuposto: a reabilitação democrática das relações de sujeição especial, as quais já não podem ser entendidas como um âmbito impermeável, livre do Direito.

De fato, à partida é necessário deixar muito bem assentado que modernamente não encontra guarida legal, doutrinária ou jurisprudencial - por ser totalmente incongruente com o Estado democrático de Direito - o pensamento segundo o qual existem áreas ou espaços estatais que são intocados pelo Direito. Não é incomum, inclusive, que as Constituições modernas tenham o cuidado de prever em seus textos a estrutura da organização administrativa e, ao menos, as regras gerais referentes ao processo e à atividade administrativa⁶⁴⁴, o que evidencia o caráter jurídico deste campo estatal.⁶⁴⁵ No entanto, ainda

poder desapareceram com a aceitação do caráter jurídico do domínio interno das entidades públicas. De fato, o administrativista português argumenta que a partir da perspectiva atual do relacionamento Estado-cidadão - consagrado constitucionalmente - não é possível se admitir a tese de que certas relações entre autoridades administrativas e cidadãos (em situação de acentuada dependência com o Estado) possam ser consideradas como inseridas em um espaço intocado pelo Direito. Além disso, alerta o autor, afastada a imunidade jurídica do espaço interno do Estado, não é possível se questionar também que os regulamentos administrativos internos possuem caráter jurídico e que os direitos fundamentais e a tutela judicial são aplicáveis às relações especiais de sujeição. Harmut Maurer (**Derecho administrativo alemán**, p. 177 a 182) sustenta que as relações de sujeição especial constituem uma figura do passado, tendo sofrido um processo de ruína na medida em que se admitiu o caráter jurídico das regulações administrativas internas, a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações de sujeição especial (a menos que a sua finalidade particular exija uma limitação desses direitos), e a aplicabilidade da tutela judicial ao menos para as medidas fundamentais adotadas no seio da relação; segundo o autor, muito embora este tipo de relação tenha traços próprios e, por isso, precise de regulação especial que lhe seja adequada, essa regulação deve estar de acordo com as exigências do Estado de Direito, devendo, pois, dar-se por lei ou com fundamento em uma lei e estar inteiramente de acordo com os direitos fundamentais. Miriam Wimmer (*As relações de sujeição especial na administração pública*) alerta para o risco potencial da utilização do conceito como fundamento autônomo para a restrição de direitos fundamentais, sem uma análise dos fins constitucionais relacionados e da proporcionalidade das restrições propostas; além disso, defende ser "questionável se a utilização da categoria possui alguma utilidade hermenêutica, uma vez que se percebe claramente o alcance de resultados muito semelhantes pelos tribunais quando recorrem aos instrumentos ordinários de interpretação para a restrição de direitos fundamentais". Ricardo García Macho (**Las relaciones de especial sujeción en la constitución española**, p. 85) destaca que mesmo dentre aqueles que defendem a permanência do instituto não há consenso sobre sua configuração: (i) há os que entendem que a instituição permanece no sentido de criar obrigações, por exemplo, relações de fidelidade na esfera pública, fins especiais que o Estado deve cumprir etc; (ii) há os que defendem a permanência do instituto como uma figura do âmbito administrativo; outra parte da doutrina já defende que as relações especiais de sujeição são uma categoria constitucional. Clarissa Sampaio Silva (**Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição**, p. 17 e 18) realça que, embora a concepção tradicional das relações especiais de sujeição tivesse sido esvaziada, o fato é que o problema de compatibilizar os direitos fundamentais com o funcionamento de determinadas instituições permanecia existindo sem uma resposta adequada e em conformidade com a ordem constitucional; por isso é que diversos países (como Espanha, Portugal) venham tentando adaptar as relações de sujeição especial às exigências do Estado de Direito, "tratando-as como domínios diferenciados de exercício dos direitos fundamentais".

⁶⁴⁴ Nesse sentido, a título exemplificativo, veja-se: na Constituição portuguesa, artigo 267; na Constituição espanhola, artigo 103; e na própria Constituição brasileira, artigo 37 e seguintes.

⁶⁴⁵ No Brasil, a aprovação da Lei nº 9.784/99, precedida da valorização do processo administrativo, representou um importante avanço na atribuição de caráter jurídico à atividade interna da Administração Pública - a referida lei expandiu princípios constitucionais, previu princípios e diretrizes

assim é cediço de que resta ao Estado um espaço de relativa autonomia decisória e normativa quanto à sua organização e funcionamento, ou seja, ainda existe uma "esfera administrativa interna" em que o Estado atua com certa discricionariedade. Ocorre que essa esfera de competência própria - deduzível da Constituição - é inegavelmente dotada de juridicidade, submetida de forma inafastável às regras e princípios constitucionais e legais.⁶⁴⁶ É, pois, indiscutível o caráter jurídico da organização e do funcionamento do Estado - e, sendo assim, mostra-se superado um dos pilares fundamentais da teoria clássica das relações de sujeição especial: a ideia da *impermeabilidade jurídica* da esfera interna do Estado.⁶⁴⁷ Nesse mesmo sentido, a tendência expansionista dos direitos fundamentais - representada pelo reconhecimento de sua eficácia horizontal e sua dimensão objetiva - geram um progressivo desaparecimento dos espaços em que esses direitos não poderiam ser invocados, de forma a se extirpar o problema do afastamento da proteção jusfundamental no âmbito das relações de sujeição especial, passando-se ao impasse de como conjugar esses direitos com as finalidades das instituições (já que o funcionamento efetivo destas e o atingimento de seus fins públicos não pode ser inviabilizado).⁶⁴⁸

específicos para as atividades administrativas, estabeleceu verdadeiros direitos administrativos e regulamentou práticas que antes eram consideradas mera atividade interna estatal.

⁶⁴⁶ SILVA, **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição**, p. 102 a 105. A autora relembra que, no entanto, ainda existem autores que continuam a defender a tese tradicional de que a organização interna do Estado é um poder reservado ao Executivo com ampla margem de liberdade, pois isento de legalidade. Mas assevera que a crescente valorização da atividade organizacional, logística e preparatória da Administração (considerada atividade administrativa interna) é indubitavelmente necessária, pois apesar de seu caráter instrumental, ela influencia e condiciona a atividade externa, alertando, ademais, sobre a premência de se temperar o poder de organização da Administração pela principiologia constitucional e pelos direitos fundamentais. Assevera ainda (p. 50 e 51) que com a ampliação das pautas normativas (cita a evolução do princípio da legalidade para princípio da juridicidade) fica difícil se admitir quaisquer espaços jurídicos com ampla liberdade dentro da Administração.

⁶⁴⁷ Nas palavras do Luís S. Cabral de Moncada (**Lei e regulamento**, p. 439): "É a origem extra-jurídica porque fora da ordem constitucional do poder estado, ou de parte dela, que é insustentável nos nossos dias. Mesmo que se possa continuar a falar em 'relações especiais de poder' para designar um sector da atividade estadual marcado por um enfraquecimento da regra jurídica com todas as características daí resultantes, não se pode é imputar-lhe uma origem institucional própria, de costas voltadas para a ordem jurídica constitucional, o que entraria em contraste gritante com as decisões constitucionais fundamentais, desde logo com aquela que faz dimanar todo o poder do estado a partir do povo. As 'relações especiais de poder' não podem deixar de ser vistas como o exercício de um poder jurídico limitado."

⁶⁴⁸ SILVA, **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição**, p. 61. Mas é preciso ter em mente que esse processo readaptação / remodelagem e sobrevivência das relações especiais de sujeição, não foi exatamente idêntico em todos os cantos onde a teoria era considerada e aplicada. De fato, por exemplo, a própria doutrina alemã, no afã de buscar afastar a pesada carga negativa histórica que o conceito de relações de sujeição especial carregava consigo, começou inclusive a denominar o instituto por outra terminologia: estatutos especiais (ou status especiais) - veja-se, nesse sentido: HESSE, **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 260) e NOVAIS, Jorge Reis, **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 514. No entanto, por exemplo, a jurisprudência espanhola não acompanhou *pari passu* o processo alemão de evolução e adequação das relações especiais de poder à Lei Fundamental; segundo Ricardo García Macho (**Las relaciones de especial sujeción en la constitución española**, p. 110 e 111), a jurisprudência espanhola seguiu vinculada à tese clássica

López Benítez apresenta uma concepção moderna, reabilitada democraticamente, sobre as relações especiais de sujeição. Como já exposto no início deste ponto, é esta a noção que será considerada neste estudo como concepção atual do instituto. Pede-se venia para retomá-la e analisá-la de forma mais pormenorizada⁶⁴⁹.

as relações jurídico-administrativas caracterizadas por uma duradoura e efetiva inserção do administrado na esfera organizativa da Administração, em razão da qual resta submetido a um regime jurídico peculiar que se traduz em um tratamento especial da liberdade e dos direitos fundamentais, assim como de suas garantias institucionais, de forma adequada aos fins típicos de cada relação.⁶⁵⁰

O primeiro ponto a se destacar é a afirmação de que **as relações de sujeição especial são relações jurídicas**, donde se retiram duas informações basilares: (i) a juridicidade das referidas relações de sujeição especial, deixando clara, pois, a superação das correntes dogmáticas clássicas quanto à impermeabilidade jurídica; e (ii) o seu caráter intersubjetivo, o que significa que dificilmente seria possível se estabelecer relações de sujeição especial onde não existisse contato entre duas pessoas distintas.⁶⁵¹

E, sendo assim, o ordenamento jurídico atua nas relações de sujeição especial da mesma forma como o faz para quaisquer outros tipos de relações jurídicas, disciplinando seus elementos constitutivos - o que diferencia especialmente uma relação especial de sujeição é

por bastante tempo, entendendo, conseqüentemente, que a Administração Pública não estava sujeita à reserva de lei em seu âmbito interno, mas, indo ainda mais adiante, ampliando o âmbito das relações de sujeição especial a grupos que nunca haviam sido englobados pela teoria no âmbito do direito alemão, o que criou uma situação de insegurança no direito espanhol. Anabelén Casares Marcos (**Cajas de ahorro: naturaleza jurídica e intervención pública**, Valencia [Spain]: Tirant lo Blanch, 2003, p. 558 e seguintes) por exemplo, destaca a aplicação do instituto ao setor crédito na Espanha (em especial, na sentença do Tribunal Supremo de 18 de fevereiro de 1985), o que recebeu bastante crítica da doutrina, em razão de sua inadequação ao ordenamento do crédito.

⁶⁴⁹ Os parágrafos seguintes foram escritos com fundamento na Parte Segunda da obra de Mariano López Benítez (**Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, p. 159 a 216), que analisa o conceito e a delimitação subjetiva do instituto. Como os limites do objeto deste estudo não permitem descer a pormenores, a apreciação será feita considerando apenas o que trata sobre a teoria geral do instituto e aqueles aspectos que de alguma forma dizem respeito ou se aplicam às relações do Estado com os servidores públicos.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 161 e 162. Livre tradução da autora. Tomás Prieto Álvarez (La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción) adverte que o núcleo da proposta do conceito de López Benítez - "a duradoura e efetiva integração na esfera pública" - não é original, já tendo sido formulado pela doutrina alemã com intuito de tentar controlar os excessos na interpretação do instituto. Com efeito, Gallego Anabitarte (Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración) ao analisar os debates ocorridos em virtude da reunião dos professores alemães de direito público, em 1956, cita que Obermayer inicia sua intervenção defendendo a reforma do conceito de relação especial de sujeição, que deve considerar como ponto essencial de caracterização "o que alguém se encontre formando parte como membro integrante da Administração Pública", ou seja, a existência de indivíduos que "como parte integrante do aparato administrativo estejam sob a direção imediata do Poder Público, com certo caráter duradouro e em prol de um determinado fim administrativo".

⁶⁵¹ LÓPEZ BENÍTEZ, **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, p. 162 e 164.

a sua finalidade peculiar, relacionada à organização do Estado. Este fim institucional, ao qual a relação serve, caracteriza-lhe e funciona de bússola para o desenvolvimento da própria relação. E a presença desse fim terá especial relevância no momento de estabelecer o regime jurídico destas relações e, em concreto, no momento de discernir sobre o dimensionamento específico da liberdade e dos direitos fundamentais em seu âmbito - será necessário, então, se valer do norte proporcionado pelo fim institucional de cada relação para consolidar a posição dos administrados dentro dela, sem que sejam toleradas interpretações desviadas ou contrárias a esse fim. E, além da finalidade, o ordenamento jurídico também indica o conteúdo típico de cada relação jurídica, o qual deverá estar intimamente dirigido à consecução deste fim - com efeito, as relações de sujeição especial possuem, como qualquer outra relação jurídica, um conteúdo típico, que não se resume a uma simples sujeição do particular ao poder público; ao contrário, o submetido a uma relação de sujeição especial goza também de poderes ativos exercitáveis frente à Administração.⁶⁵²

Dessa forma, portanto, como uma relação jurídica, a relação especial de sujeição tem conteúdo próprio, qual seja "uma posição jurídica dos sujeitos que se encontra formada por uma situação de poder e por uma situação de dever". Estas situações são atribuídas a ambos os sujeitos, com objetivo de se cumprir a função social ou econômica perseguida pela relação - ter isso em mente é muito importante, porque rompe com a ideia de que, nas relações especiais de sujeição, o indivíduo seria, dentro do marco organizatório da Administração, mero objeto ou coisa, utilizável ao alvedrio da autoridade administrativa. Pelo contrário, afirmar a relação especial de sujeição como relação jurídica importa, em primeiro lugar, reconhecer às partes o caráter de pessoas portadoras de personalidade jurídica e, ademais, uma série de poderes exercitáveis frente à Administração.⁶⁵³

Prosseguindo, acrescenta-se ao conceito que **as relações de sujeição especial são relações jurídico-administrativas**, ou seja, relações jurídicas que têm a Administração Pública como um de seus sujeitos. Já ficou estabelecido que nas relações jurídicas se afirmam poderes e deveres para ambas as partes - no entanto, isso não afasta o fato de poder haver uma das partes com uma certa supremacia sobre a outra (nas palavras do autor: *que inclina a balança dos poderes a seu favor*). Isso acontece nas relações jurídico-

⁶⁵² *Ibid.*, p. 165 e 166. Por isso, o autor (p. 167) adiante inclusive destaca da impropriedade terminológica do termo "relação especial de sujeição", por ser contraditório - isso porque se se entende a sujeição como um correlato passivo do poder (*potestad*) e se estabelece como uma de suas notas diferenciadoras com respeito ao direito subjetivo, que não pode ser gerada em relação jurídica alguma, nem em pactos, negócios jurídicos ou atos singulares, parece claro que tão pouco poderá surgir a sujeição de uma concreta relação jurídica, mas apenas diretamente do ordenamento, assim como acontece com o "poder" (*potestad*). Assim, a expressão relação de sujeição especial conteria uma contradição *in terminis*, e sua manutenção se justifica apenas pelo valor que adquiriu ao qual, segundo o autor, não parece conveniente renunciar.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 170 e 171.

administrativas: a Administração é o sujeito forte da relação, que se faz acompanhar de uma gama de privilégios e poderes muito intensos, que desnivelam a relação a seu favor. Isso situa a Administração em um plano de supremacia em relação aos administrados, permitindo-lhe fazer valer suas próprias decisões, ainda que contra a vontade dos administrados. Essa supremacia da Administração, no entanto, ocorre em todas as relações jurídico-administrativas - o que muda nas relações de sujeição especial é a intensidade desta supremacia, que se mostra de forma unitária em toda relação e que responde a um fundamento específico, que é a necessidade da Administração de aumentar sua operatividade em determinados setores da realidade caracterizados pela proximidade dos administrados. Por fim, como todas as relações jurídico-administrativas, as relações especiais de sujeição são relações reguladas pelo Direito Administrativo.⁶⁵⁴

Além disso, afirma-se no conceito que as relações especiais de sujeição são relações jurídico-administrativas **caracterizadas por uma duradoura e efetiva inserção do administrado na esfera organizativa da Administração**, o que cria uma maior proximidade ou imediação entre ambos os sujeitos. Esse é o elemento que efetivamente diferencia as relações especiais de sujeição das demais relações jurídico-administrativas e das relações gerais - tanto que a doutrina se utiliza de diversas fórmulas linguísticas que expressam o efeito gerado por esta proximidade, tais como: o *âmbito interno* ou *círculo interior da Administração* ou a *esfera própria administrativa*. Todas essas expressões evidenciam que o administrado ultrapassa fisicamente as fronteiras territoriais da Administração e se situa dentro do campo doméstico daquela. São, pois, relações que têm por marco a própria organização administrativa.⁶⁵⁵

Como visto, o indivíduo se insere na organização administrativa basicamente com duas finalidades: para servir a Administração ou para se beneficiar das prestações desta. Aqueles que se aproximam da organização administrativa em razão do desenvolvimento, para a Administração, de uma ciência, arte ou ofício (ou por fazer desse serviço uma profissão ou em cumprimento de um dever legal), acabam se integrando efetivamente nessa organização administrativa (como um elemento dela) e desenvolvendo, em benefício desta, uma atividade manual ou intelectual, o que faz com que sua situação se assemelhe à do trabalhador por conta alheia. Ou seja, nesses casos a relação entre Administração e administrado se desenvolve sobre a própria organização. A diferença, neste ponto, entre o servidor público e o trabalhador privado, é que a organização administrativa na qual o servidor se insere *se qualifica pelo cuidado dos interesses de outros (pela busca dos interesses gerais da comunidade)*, finalidade esta que modula a própria organização e a coloca em uma relação

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 171 a 174.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 194 e 195.

de instrumentalidade com os fins do grupo a que serve. De toda sorte, mostra-se necessidade manter-se como uma característica das relações de sujeição especial esse caráter físico de entrada ou incorporação material, que é o que especificamente qualifica tais relações - de fato, esse elemento é insubstituível, sem esse ingresso material na organização administrativa, não existe relação de sujeição especial, já que esta se baseia na proximidade real, física (e não jurídica).⁶⁵⁶

Mas, além disso, a par de essa entrada material na organização administrativa poder assumir diferentes aspectos, para se qualificar como uma relação de sujeição especial é necessário ainda que essa integração seja real, efetiva e duradoura: será *efetiva* quando corresponder a uma causa em sentido jurídico, ou seja, quando com ela se cumprir a finalidade econômico-social para a qual se criou a organização (assim, o simples visitante das dependências administrativas de um hospital em nada colabora com a realização de seus fins organizativos, já o servidor público se integra na organização para contribuir com o desenvolvimento e a concretização dos fins da Administração); será *duradoura* quando se prolongar no tempo (não necessitando ser permanente), não for esporádica, durar tempo suficiente para que os especiais efeitos da integração, para o administrado, se façam sentir (para que o administrado se insira no meio ambiente próprio da organização). López Benítez destaca que **hoje o que caracteriza a integração é que, sem chegar a se produzir uma ruptura com seu entorno natural, o administrado sente e percebe que, dentro da organização, vive-se conforme outras pautas de conduta, respiram-se certos poderes - como o hierárquico ou o disciplinar - que embaraçam a independência e a criatividade do sujeito; não se desconhecem os direitos fundamentais e as liberdades, mas, em certa medida, funcionaliza-se o seu exercício para que o fim da organização administrativa se cumpra** (e essa percepção requer seu tempo, uma vez que o fenômeno

⁶⁵⁶ De fato, como dito, as relações de proximidade entre a Administração e o indivíduo podem ou não envolver a efetiva integração do administrado na organização administrativa - daí que a organização administrativa pode assumir diferentes "papéis": (i) em alguns casos, os particulares situam-se frente à Administração sem ingressar em seu âmbito organizativo, travando relações parecidas com aquelas que podem surgir entre dois sujeitos privados - nesses casos, a organização administrativa participa da relação como a exteriorização da Administração Pública, permitindo-a atuar (isto é, dita atos administrativos, exerce seus poderes de polícia para restabelecer a ordem, fomenta a iniciativa dos particulares etc.), mas mantém-se uma distância entre o cidadão e a Administração; (ii) em outros casos, no entanto, a organização administrativa surge com papel bem mais relevante - são os casos em que a relação Administração-administrado se desenvolve sobre a própria organização, sobre essa unidade funcional, essa fusão de elementos pessoais e reais. E isso pode ocorrer em duas hipóteses: quando o administrado se insere na Administração e atua para ela ou quando o administrado se incorpora à organização, mas para que esta atue para ele. Ambos os casos são de proximidade entre a Administração e o administrado, mas as duas hipóteses são diferentes e respondem a causas diversas. Essas reflexões demonstram a necessidade de continuar se mantendo, como uma característica das relações de sujeição especial, esse caráter físico de entrada ou incorporação material (do qual já falava Otto Mayer); esse elemento é insubstituível, sem esse ingresso material na organização administrativa, não existe relação de sujeição especial, já que esta se baseia na proximidade real, física (e não jurídica).

é tão sutil que só é detectado quando o administrado se incorporou efetivamente à engrenagem administrativa).⁶⁵⁷

Pois bem, diante de todo o exposto, é possível se afirmar que no debate contemporâneo o instituto permanece sendo considerado como uma categoria válida desde que democraticamente reabilitado (ou seja, desde que entendido a partir de um conceito moderno com o afastamento dos elementos autoritários que lhe eram característicos na sua concepção clássica) e que sejam reforçados aqueles outros que permitem garantir sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito: a aplicabilidade, em seu âmbito, do princípio da legalidade, dos direitos fundamentais e da tutela judicial. A grande questão atualmente, pois, é saber **em que medida essa aplicabilidade se diferencia no âmbito das relações de sujeição especial e no âmbito das relações de sujeição geral** - tema que será analisado no último capítulo desta parte.

3.3. A relação funcional como uma relação de sujeição especial

Após todo o exposto, falta caracterizar, de forma definitiva (embora, geralmente, doutrinária e jurisprudencialmente não restem dúvidas) a relação funcional como uma relação de sujeição especial⁶⁵⁸.

Considerando o conceito das relações especiais de poder formulado por López Benítez, parece inegável a subsunção das relações funcionais dos servidores públicos com o Estado aos seus termos, uma vez que:

- i. trata-se de uma relação jurídica travada entre sujeitos diferentes (indivíduo e Estado);
- ii. tal relação jurídica está fundamentada em um valor de estabilidade;
- iii. o ordenamento jurídico atua na relação funcional confiando-lhe finalidades determinadas (organização do Estado, atendimento de interesses gerais), alocando os sujeitos em determinada posição de preferência (Estado-Administração) ou de subordinação (servidores), que se traduz no estabelecimento de um feixe recíproco de faculdades, direitos, obrigações, deveres etc;
- iv. a relação funcional é regulamentada com a finalidade peculiar de organização do Estado - os servidores públicos, como visto, falam e atuam pelo Estado, em nome do

⁶⁵⁷ LÓPEZ BENÍTEZ, **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, p. 208 a 213.

⁶⁵⁸ Nas palavras de Fábio Medina Osório (**Direito administrativo sancionador**, p. 239): "Maior expressão de relações de sujeição especial constitui, a nosso ver, a situação dos agentes públicos, dada a específica vinculação destes a um regime estatutário e a normas de conduta bastante estritas. Dependendo do estatuto, tanto maior será o regime de sujeição especial, tal como ocorre com as polícias, o exército e tantas outras classes de servidores ou funcionários públicos."

- Estado (os atos dos agentes são imputados ao Poder Público, o que ocorre, inclusive, nos casos de vínculos contratuais e, com mais razão, nos vínculos estatutários⁶⁵⁹);
- v. o ordenamento jurídico prevê o conteúdo típico desta relação jurídica, que está relacionado com a consecução de seu fim;
 - vi. a relação funcional é uma relação jurídico-administrativa (tem a Administração Pública como um de seus sujeitos), regulada pelo Direito Administrativo;
 - vii. a intensidade da supremacia da Administração perante o servidor na relação funcional é maior que nas demais relações jurídico-administrativas, respondendo a um fundamento específico, que é a necessidade de a Administração aumentar sua operatividade na prestação do serviço público, na organização estatal, no atendimento do interesse público geral;
 - viii. a relação funcional se caracteriza pela inserção do administrado na esfera organizativa da Administração (situa o servidor, com sua nomeação e posse no cargo, dentro do campo interno, doméstico da Administração, tendo por marco a própria organização administrativa);
 - ix. a integração do servidor no âmbito interno do Estado ocorre de forma voluntária, para servir à Administração - o servidor faz da prestação de serviços à Administração seu próprio meio de vida, integrando-se efetivamente na organização administrativa (como um elemento desta) e desenvolvendo, em benefício desta, uma atividade manual ou intelectual (à semelhança de um trabalhador por conta alheia);
 - x. a relação funcional qualifica-se pela subordinação do servidor à Administração - o servidor fica compreendido no círculo de organização, de direção e de disciplina da Administração (lembrando que o círculo organizativo engloba a atividade de ordenação dos meios materiais e pessoais, imprimindo-lhes unidade e finalidade e que a *organização administrativa* se qualifica pelo cuidado dos interesses de outros, ou seja, por buscar os interesses gerais da comunidade);
 - xi. o poder de direção e de disposição sobre a organização da Administração em relação a seus servidores visa tornar possível o cuidado dos interesses gerais da comunidade;
 - xii. a organização administrativa pressupõe uma organização racional de meios materiais e pessoais, podendo modificar ou conformar a interpretação de determinados direitos ou do regime geral de liberdade do servidor público;
 - xiii. na relação funcional, a relação Administração-servidor se desenvolve sobre a própria organização administrativa (unidade funcional) - o servidor atua para a Administração, ocorrendo um caráter físico de entrada ou de incorporação material do servidor na organização administrativa;

⁶⁵⁹ SILVA, **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição**, p. 19.

- xiv. essa incorporação material do servidor na organização administrativa é real, efetiva (o servidor público contribui com o desenvolvimento e alcance dos fins da Administração) e duradoura (prolonga-se no tempo o suficiente para que os efeitos da integração possam ser sentidos pelo administrado);
- xv. sem chegar a produzir uma ruptura com seu entorno natural, a integração do servidor na organização administrativa faz com que ele sinta e perceba que, dentro da Administração, vive-se conforme outras pautas de conduta, subordinando-se a certos poderes - o hierárquico e o disciplinar - que embaraçam sua independência e criatividade;
- xvi. os direitos fundamentais e as liberdades dos servidores não são afastados ou desconhecidos, mas, em certa medida, seu exercício é funcionalizado para que o fim da organização administrativa se cumpra.

De fato, adiantando-se a discussão que virá adiante, a situação funcional do servidor público não lhe permite fruir de seus direitos fundamentais da mesma forma e na mesma medida que os cidadãos em geral, sob pena de se macular os princípios constitucionais da Administração Pública e até mesmo o próprio exercício das funções públicas com as quais se comprometeram. Noutras palavras: um servidor público não pode invocar direitos fundamentais para fundamentar práticas incompatíveis com o funcionamento regular da instituição na qual se insere.⁶⁶⁰

Em conclusão, é possível afirmar que os servidores públicos estão inseridos na intimidade dos órgãos ou da entidade administrativa, constituindo o próprio Estado⁶⁶¹ - não há, pois, como negar que a relação jurídica a que está submetido o servidor público possui natureza peculiar, pois a intensidade do liame que liga o indivíduo à Administração é tanta

⁶⁶⁰ SILVA, **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição**, p. 19. Por exemplo, o servidor público não pode invocar direito à educação para ter aulas em horário que englobe todo o expediente funcional. Veja-se ainda a lição de Luís S. Cabral de Moncada (**Lei e regulamento**, p. 447): "Seria assim possível estabelecer uma distinção entre diversas zonas, no domínio, p. ex., do funcionalismo público, onde os limites aos direitos dos cidadãos são mais intensos porque têm expresso reconhecimento constitucional (artigo 33 GG) sendo até possível uma ampla restrição legislativa do direito fundamental da livre expressão do pensamento político nas zonas de atividades cobertas por deveres funcionais de serviço, só se reconhecendo o exercício pleno dos respectivos direitos ao funcionário público fora daquelas zonas e, mesmo aí, dentro de alguns limites."

⁶⁶¹ Luis Eduardo Ardila Quiroz (Las relaciones especiales de sujeción entre el Estado y sus funcionarios, **Revista Logos Ciencia & Tecnología**, v. 3, n. 2, p. 112 a 125, 2012) aduz que as relações de sujeição especial são próprias dos Estados onde o governo não é o Estado nem está acima dele - existem precisamente para que aqueles que estão sujeitos ao Estado o conduzam bem e permitam seu progresso; nos casos em que essa não é a realidade, os governantes tomam o Estado como seu, de modo que o funcionário não responde ao Estado, mas aos interesses do governante, não tendo sua atuação conduzida pelo interesse público, mas sim pelo interesse do grupo que está no poder.

que permite mitigar o princípio da legalidade⁶⁶² bem como estabelecer nuances próprias e específicas sobre o exercício dos direitos fundamentais.

CAPÍTULO II. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE SUJEIÇÃO ESPECIAL E, EM ESPECIAL, NO PLANO DO CONTROLE DE CONDUTA

1. DELIMITANDO OS CONTORNOS DO CONTROLE DE CONDUTA

Vistos os principais aspectos sobre a forma como o Estado se relaciona com seus servidores públicos, é chegada a hora de aprofundar a análise sobre o controle realizado pelo Estado sobre estes indivíduos quanto ao exercício de suas funções: o **controle de conduta**.

Repise-se: o controle de conduta, na forma como se propõe nesse estudo, é uma espécie de *controle interno em sentido estrito*, ou seja, um tipo de controle aplicável à atuação do ente administrativo em relação a seus próprios atos e suas próprias atividades. Na primeira parte deste estudo, delimitou-se a concepção de controle interno em sentido estrito abrangendo as seguintes espécies de controle: (i) o controle hierárquico, (ii) o autocontrole, (iii) o controle disciplinar ou correccional, (iv) o controle ético. Considerou-se que o referido controle deveria ser analisado pelo viés de um controle voltado à integridade pública, ou seja, um controle interno que, além dos tradicionais focos de fiscalização da legalidade e das contas públicas, da gestão pública, sua eficiência e eficácia, agregasse um viés de efetiva eticidade, de moralidade, enfim, de integridade pública.

Como destacado na primeira parte deste estudo, o sistema de integridade pública tem por objetivo, especialmente, remodelar o ambiente institucional de forma a promover entre os servidores públicos a conscientização sobre a necessidade de sempre adotar decisões que estejam de acordo com o interesse público, com a ética e com a probidade - como consequência, as políticas de integridade vêm sendo estabelecidas com o objetivo de orientar e reger, direta ou indiretamente, as decisões e condutas humanas⁶⁶³. Nesse sentido, os programas de integridade têm foco especial na política de prevenção de atos irregulares e de modificação efetiva do ambiente institucional. Ou seja, em suma, a ideia por detrás de toda essa mudança é, principalmente, evoluir o ente para não apenas fazer o que a lei determina,

⁶⁶² ZOCKUN, Carolina Zancaner, Sujeição especial e regime jurídico da função pública no Estado de Direito Democrático e Social, *in*: CELY, Martha Lucia Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da (Orgs.), **Direito disciplinar internacional**, Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 272 a 283. Cite-se o seguinte trecho da explanação da autora: "Veja que a relação de sujeição especial e a consequente mitigação do princípio da legalidade existem para o atendimento do interesse público, pois é necessária uma atuação mais rápida, eficaz e, sobretudo, com maior intensidade da Administração, sendo insuficiente, no caso, a supremacia geral do Estado."

⁶⁶³ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE), **La integridad pública desde una perspectiva conductual - el factor humano como herramienta anticorrupción**, Paris: OECD Publishing, 2018, p. 13.

mas para fazer o que é correto⁶⁶⁴ - ou seja, trata-se de uma atuação estatal que se volta à **conformação ou à modelagem da conduta dos servidores** (de todos os agentes públicos, na verdade) buscando a sua correção, licitude, ética e probidade.

Mas é importante ter em mente que essa investida positiva para garantia de uma conduta íntegra deve necessariamente englobar, além da atuação preventiva, também as nuances da atuação estatal repressiva quanto às condutas que sejam contrárias aos valores difundidos nos programas de integridade e, claro, nas demais normas que tratam sobre os deveres funcionais e éticos dos servidores. Ou seja, é crucial que o programa de integridade também se volte a robustecer os instrumentos de detecção dos atos de fraude, de corrupção, de irregularidades e de desvios de conduta, para que esses mecanismos tenham resultados mais efetivos (especialmente para que a resposta estatal a este tipo de ato seja dada em tempo adequado e de forma justa). Assim, o programa de integridade acaba funcionando como um mecanismo de governança e de sustentabilidade da atuação governamental, contribuindo para solidificar os valores ligados aos deveres funcionais, à ética, à probidade, à integridade pública e para alcançar resultados efetivos no combate à corrupção.⁶⁶⁵

Dessa forma, parece ser inegável que essa nova realidade traz consigo, como já exposto, uma forma diferente de se encarar o controle interno estatal - se, como já exposto, esse controle em seu nascedouro muito se preocupava com a fiscalização da legalidade e

⁶⁶⁴ A título ilustrativo, cite-se que o Ministério da Justiça e Segurança Pública do governo federal brasileiro instituiu uma campanha entre seus servidores denominada "Faça a coisa certa", contendo 10 diretrizes do órgão (disponível em <<https://www.justica.gov.br/videos/faca-a-coisa-certa>> acesso em 29 dez 2019), quais sejam: (1) Todos nós somos responsáveis pela integridade, reputação e imagem do Ministério. (2) O combate à impunidade é nosso dever. (3) A transparência é nossa regra, sigilo é exceção. (4) O poder público não é um negócio de família. (5) Respeite o colega de trabalho. Trate todos com urbanidade. (6) O interesse público deve sempre prevalecer. (7) Nós não devemos receber presentes ou qualquer outra vantagem pessoal. (8) Se tiver que escolher entre o fácil e o certo, opte pelo certo. (9) A sociedade quer ação do agente público, nunca acomodação. (10) Participe da gestão do Ministério. A Ouvidoria é o nosso canal. Faça a coisa certa, pelos motivos certos, do jeito certo. Mãos à obra."

⁶⁶⁵ Vale destacar que a OCDE (Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública) apresenta algumas diretrizes gerais para os programas de integridade públicos que bem sintetizam essa abrangência e escopo: (i) um sistema de integridade coerente e abrangente deve compreender: o compromisso de todo o quadro de pessoal; a responsabilidade coordenada e bem definida das unidades; a estratégia definida a partir dos riscos à integridade identificados, orientando os objetivos e as prioridades da unidade; leis e políticas organizacionais que reflitam as regras e os valores do setor público e que sejam comunicados efetivamente; (ii) uma cultura de integridade pública deve compreender toda a sociedade (que atua na manutenção da integridade e não tolera a corrupção); deve contar com lideranças envolvidas com a integridade, que elaboram e comunicam a agenda da integridade pública; deve se basear no mérito e no compromisso profundo com os valores da integridade; deve se preocupar em capacitar o quadro funcional para aplicar os padrões de integridade; deve ser aberta para a livre discussão dos temas referentes à integridade no local de trabalho e dar segurança às denúncias de suspeitas de violações de integridade; (iii) uma real prestação de contas deve compreender um sistema eficaz de gestão e controle de riscos à integridade no setor público; efetiva detecção, investigação e sanção de atos de corrupção e de outras violações à integridade; efetivo controle externo exercido pelos órgãos de fiscalização; e a possibilidade de participação significativa de todas as partes interessadas no desenvolvimento e na implementação de políticas públicas.

das contas públicas, passando, em seguida, a cuidar da gestão pública, sua eficiência e sua eficácia, ao que parece mais modernamente agregou o viés - que ilumina todos os demais - da efetiva eticidade, moralidade, enfim, o viés da integridade pública.

Como já exposto, esse controle de conduta (com a perspectiva especial de integridade pública) inspira-se no controle de atividade proposto por Juan Alfonso Santamaría Pastor - o qual tem por objeto as condutas ou pautas de gestão gerais, valoráveis desde a perspectiva da legalidade até à da eficácia e da boa administração -, mas tem ainda um objeto mais restrito (daí a nomenclatura ser diferente): volta-se à atuação do servidor público sob os prismas de integridade, disciplinar e ético; ou seja, trata-se uma espécie de "controle sobre a atividade", cujo objeto não são os atos singulares e de conteúdo formal, mas sim as condutas dos servidores públicos no exercício de sua função, valoráveis desde a perspectiva da ética, da probidade, da integridade (ou, ainda, dos deveres éticos, dos deveres funcionais, dos deveres legais, dos deveres de moralidade pública).

No entanto, pedindo-se venia a Santamaría Pastor, entende-se que, nesse sentido, o controle de conduta é uma consequência inegável da caracterização da relação funcional como uma relação especial de poder (e não apenas da organização administrativa hierárquica, como defende o autor espanhol). Veja-se:

Como amplamente exposto, a atuação administrativa submete-se a algumas balizas inafastáveis, dentre as quais se destacou: o princípio da juridicidade, o princípio da tutela do interesse público, o princípio da transparência, o dever de boa administração. A análise de uma concepção redemocratizada da teoria das relações de sujeição especial no capítulo anterior evidenciou que não existem campos livres da égide do Direito na seara administrativa, reforçando, assim, a aplicabilidade da juridicidade, que, como demonstrado na primeira parte deste estudo, engloba o respeito às regras e aos princípios constitucionais (em especial, aos direitos fundamentais dos cidadãos) bem como às normas que compõem o ordenamento jurídico infraconstitucional. Noutras palavras: toda atuação administrativa deve estar juridicamente respaldada.

Essa atuação administrativa tem como fim último a tutela do interesse público - embora se entenda que juridicamente não exista um "princípio" que garanta em qualquer hipótese abstrata a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, como amplamente demonstrado na primeira parte do estudo, afirma-se a existência de um princípio que determina que a atuação estatal deve ter por fim a prossecução e concretização do interesse público. Para dar cumprimento a este mister, a Administração deve se pautar em seu *dever* de boa administração, o qual, como exposto, não se conforma com o simples dever de atuar, englobando também a obrigação de atuar de certa maneira, uma vez que está ligado à ideia do fim que deverá ser atingido (a tutela do interesse público). Por isso é que o dever que se impõe à Administração não é apenas o dever de administrar, mas sim o dever de bem

administrar. E toda essa atuação deve ser feita de forma transparente, permitindo o controle social e a *accountability*. Ou seja, repita-se, *não basta simplesmente atuar, mas sim atuar de determinada maneira*.

Para dar cumprimento aos seus misteres, o Estado se vale de seus órgãos, os quais, por sua vez, são integrados pelos agentes públicos - a maioria desses agentes são servidores públicos (objeto específico deste estudo), indivíduos que mantêm com o Estado e com as pessoas jurídicas de direito público da Administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência. Essas relações jurídicas mantidas entre o servidor e o Estado-Administração - típicas relações de sujeição especial - são relações jurídico-administrativas, que se caracterizam por uma duradoura e efetiva inserção do administrado na esfera organizativa estatal; em razão disso, o servidor público se submete a um regime jurídico peculiar (estatutário), que se traduz em um tratamento especial da liberdade e dos direitos fundamentais, assim como de suas garantias institucionais, de forma adequada aos fins típicos de cada relação.

Ou seja, são esses indivíduos, que atuam sob a batuta do Estado, que efetiva e materialmente, ao fim e ao cabo, vão executar as funções, impulsionar os processos, realizar os procedimentos necessários para dar cumprimento à tutela do interesse público, finalidade última da atuação estatal. Para tanto, como visto, precisam atuar segundo regras procedimentais e de conduta, submetidos à juridicidade, ao dever de boa administração, à transparência e à *accountability*. Esses indivíduos, pois, em última análise, materializam e tornam presente o Estado - com efeito, muito mais que bens públicos, procedimentos e processos, são esses indivíduos que operacionalizam a concretização dos fins do Estado-Administração. De fato, é possível imaginar que o Estado-Administração até sobreviva sem edifícios públicos ou com poucos recursos materiais, com procedimentos imperfeitos, com processos problemáticos - mas é difícil conceber a possibilidade de que o Estado-Administração subsista sem os servidores públicos, já que estes são os principais responsáveis pela materialização de todo o atuar estatal.

E, como também já mencionado, é a estreiteza desse vínculo - essa relação simbiótica cujo efeito é que, da forma como construída, não há Estado sem servidor e nem servidor sem Estado - que coloca o servidor de um lado, e o Estado de outro, em posição de superioridade, em uma relação especial de sujeição. É exatamente em função dessa relação peculiar que ao Estado competem amplos poderes de direção, de fiscalização, de disciplina da atividade que será realizada em seu nome, para consecução de seus fins. Em especial, para essa verificação, o Estado se vale do já citado controle administrativo interno, o qual funciona como um mecanismo que permite ao ente público conferir segurança de que toda a sua atividade administrativa está sendo realizada de forma a respeitar o ordenamento jurídico, de acordo

com as diretrizes de gestão, de maneira ética, proba, moral e honesta e em cumprimento do dever de boa administração⁶⁶⁶.

Nesse sentido é que, além de controlar o gasto das verbas públicas e o uso dos bens públicos de acordo com os interesses da sociedade, além de fiscalizar a correção dos processos e dos procedimentos, parece importar sobremaneira ao Estado saber *como* tudo isso se materializa - ou seja, se no curso do *iter* trilhado para se chegar àqueles resultados, os agentes responsáveis por essas atividades observaram tanto as diretrizes de gestão quanto, especialmente, os deveres funcionais, os deveres éticos, se atuaram de acordo com os valores de integridade. Isso porque, como a atuação do servidor, nesse caso, é a atuação do Estado, cabe ao Estado saber exatamente não apenas no que essa atuação resulta, mas também *como ela é praticada* - em uma ideia aproximada de que *os fins não justificam os meios* (ou seja, ao Estado não interessa, por exemplo, um bom resultado obtido em razão de uma atuação ímproba de um servidor público), já que ao Estado não se impõe apenas atuar, mas *atuar de certa maneira*.

Daí a importância do controle da conduta dos servidores públicos sob o viés aqui proposto. Há que se ressaltar que esse controle da atividade dos servidores públicos, via de regra (no Brasil, especialmente) não é tratado de forma global, como se propõe neste estudo - geralmente, existem produções doutrinárias destacadas em matéria disciplinar, referentes à ética pública e, mais recentemente, que abordam a questão sob a ótica da integridade pública. Mas não uma análise geral que abranja todas essas perspectivas referentes à atuação do servidor público. A posposta que aqui se apresenta, pois, é que se analise esse poder estatal de controle - disciplinar, ético, de integridade - de forma conglobante, considerando que, estando o servidor em uma relação especial de sujeição, pode o Estado controlar, fiscalizar, direcionar e, eventualmente, penalizar todos esses aspectos de sua conduta no que disser respeito ao exercício das funções administrativas. Alfim, a proposta é verificar quais são as posturas que podem ser adotadas pelo Estado para prevenir e reprimir que seus próprios servidores tomem parte em atos antiéticos, ímprobos, de fraude e de corrupção.

Definidos os contornos gerais do controle de conduta, necessário agora se avançar sobre seu viés preventivo e, em seguida, seu viés repressivo.

1.1. O controle comportamental numa perspectiva preventiva do controle de conduta

Nesse primeiro ponto da análise específica do controle de conduta propõe-se uma abordagem com enfoque que tem sido especialmente destacado por estudiosos das ciências

⁶⁶⁶ Repise-se: se ao Estado compete cumprir o dever de boa administração, parece lógico que isso justifique a existência de um controle interno efetivo daqueles que atuam em seu nome.

do comportamento (como a psicologia, a economia comportamental, a neurociência) e que vai ao encontro exatamente da análise proposta neste estudo quanto ao controle de conduta: a necessidade de considerar, de forma científica, as nunces do comportamento humano como um fator essencial na conformação das atividades do indivíduo - inclusive as laborativas - a modelos éticos, probos, não tolerantes a ilicitudes ou a condutas irregulares praticadas por outros membros de seu convívio, conhecimento ou de sua organização.

Este enfoque aplicado ao ambiente laboral vincula-se intimamente à ideia central de integridade pública - inclusive, tem sido difundido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), como uma ferramenta a ser utilizada para a prevenção de irregularidades e ilícitos ou, de forma ainda mais contundente, como um instrumento a ser explorado no combate à corrupção. De fato, como exposto acima, a ideia por detrás dos programas de integridade públicos é de uma verdadeira mudança cultural, de uma remodelação de todo o ambiente institucional de forma a promover entre os servidores a conscientização e o incentivo da importância de se adotar, em toda a vida funcional, condutas e posturas que estejam de acordo com o interesse público, que observem os deveres funcionais e éticos, que sejam probas e corretas. É exatamente esse o primeiro aspecto de integridade pública que se entende como elemento do controle de conduta proposto: a utilização, pelo Estado, de ferramentas de incentivo, direcionamento ou modelagem de conduta que possam ser extraídos das ciências do comportamento. Propõe-se chamar esse primeiro elemento do controle de conduta - com viés essencialmente preventivo - de *controle comportamental*.

É cediço que, via de regra, existe no âmbito de empresas privadas e também de entes públicos, a positivação (em regulamentos internos, em códigos de conduta ou de ética e também em normativos formais) das diretrizes indicativas do que se espera da conduta dos colaboradores da organização ou do ente público. Por outro lado, também é sabido que é um questionamento antiquíssimo se a simples positivação do *dever-ser* como norma garante a adesão automática de seus destinatários - tanto que a efetividade de regras de conduta previstas sem sanção é também objeto de discussão, já que, sob uma ótica tradicionalista, a sanção é um dos principais mecanismos de garantia do cumprimento dessas normas⁶⁶⁷

⁶⁶⁷ André Kuhn e Cândido da Agra (**Somos todos criminosos?**, Alfragide: Casa das Letras, 2010, p. 86 a 89) discutem, inclusive, a possibilidade da existência de sociedades sem sanção. Embora a discussão seja mais aproximada do âmbito penal, vale referi-la, por também poder se aplicar ao tema que se está tratando. Os autores destacam a existência, no âmbito da criminologia, de correntes antagônicas sobre a existência de sanções formais, previstas e aplicadas pelo Estado. De forma resumida: (i) a corrente "crítica" ou "radical" propõe a abolição pura e simples da lei penal, por considerar que sanções informais (como repreensão, exclusão do grupo de amigos, censura social etc) seriam suficientes para regular a sociedade, de forma que as sanções formais (aquelas infligidas pelas autoridades, em nome da lei) seriam desnecessárias, inúteis; (ii) outra corrente de criminólogos, no entanto, defende que sanções informais seriam insuficientes ou até mesmo inexistentes, caso não fossem precedidas de uma reação social formal após a prática da infração. Segundo os autores, esta

(inclusive a partir da clássica doutrina sobre as funções da pena - dentre elas a prevenção geral e especial⁶⁶⁸ -, que, nesse contexto, *mutatis mutandis*, podem ser lembradas). Daí a importância da discussão sobre como incentivar pautas positivas de conduta e como estimular a adesão de forma (*quase*) voluntária ou o debate sobre a possibilidade de se convencer e conscientizar as pessoas a "fazer a coisa certa" não exclusivamente em virtude da ameaça de sanção, mas sim porque aquilo é o certo a se fazer (fazer o certo porque é o certo).

Recentemente, a OCDE lançou uma publicação intitulada "La integridad pública desde una perspectiva conductual - el factor humano como herramienta anticorrupción"⁶⁶⁹, em que destaca, no mesmo sentido tratado neste estudo, que, muito embora a ideia central da integridade pública seja essencialmente a de encorajar comportamentos em prol do interesse público (especialmente em substituição a posturas autocomplacentes quanto a práticas corruptas e antiéticas), o comportamento humano tem sido uma dimensão negligenciada na formulação das políticas de integridade. Isso porque, via de regra, essas políticas e normas encontram-se fundamentadas em um modelo racional de tomada de decisões, de onde normalmente advém a concepção sobre a necessidade de *aumentar os custos e diminuir os benefícios dos comportamentos indesejados* - por consequência, caminha-se no sentido de maior controle e de maior rigidez nas sanções bem como de redução da discricionariedade daqueles que tomam decisões⁶⁷⁰, o que tem gerado, em muitos casos, uma regulação excessiva, o estabelecimento de controles paralisantes e uma percepção de desconfiança em relação à Administração Pública.

última concepção é a que prevalece, razão pela qual o legislador ainda aprova e seguirá aprovando leis penais.

⁶⁶⁸ Marcelo Caetano (**Princípios fundamentais do direito administrativo**, p. 402) disserta: "Destinam-se as penas disciplinares, como quaisquer outras, a corrigir e a prevenir: corrigem fazendo sentir ao autor do fato punido a incorreção de seu procedimento e a necessidade de melhorar a sua conduta; e previnem, pois não só procuram evitar que o agente castigado volte a prevaricar, como servem de exemplo a todos os outros, mostrando-lhes as consequências da má conduta. Desta forma, através da ação imediata sobre os agentes, a aplicação das penas disciplinares tem por fim defender o serviço da indisciplina e melhorar seu funcionamento e eficiência, mantendo-o fiel aos seus fins." Ana Fernanda Neves (**O direito disciplinar da função pública - vol. I**, p. 544), entretanto, defende que "a finalidade de prevenção especial das sanções penais e o readicionamento do fim retributivo pela inevitável reinserção social do indivíduo não estão presentes nas sanções disciplinares".

⁶⁶⁹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE), **La integridad pública desde una perspectiva conductual - el factor humano como herramienta anticorrupción**.

⁶⁷⁰ A título de exemplo, N. Gregory Mankiw (**Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**, Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 4 a 7) elenca em sua obra os Dez Princípios da Economia, sendo que os três primeiros dizem respeito exatamente à forma como as pessoas tomam decisões. Segundo o autor (p. 16), em resumo, é possível afirmar que "as pessoas se deparam com *tradeoffs* entre objetivos excludentes, que o custo de qualquer ação é medido em termos de oportunidades abandonadas, que as pessoas racionais decidem comparando custos e benefícios marginais e que as pessoas mudam seu comportamento em resposta aos incentivos que se lhes oferecem".

De fato, a teoria da escolha racional⁶⁷¹ - desenvolvida inicialmente na área econômica, mas aplicada posteriormente em diversos outros ramos de estudo do comportamento humano - pressupõe que o indivíduo é um ator político racional e, assim, que as suas decisões são guiadas por um comportamento estratégico, racional, que tem objetivo de maximizar seu bem-estar, utilidade, satisfação, ao menor custo possível (uma espécie de comportamento egoísta, que busca potencializar o interesse próprio). Ou seja, o comportamento humano é concebido como um cálculo egoísta de possíveis vantagens, um verdadeiro sopesamento entre custos e benefícios⁶⁷².

Transpondo a questão agora especificamente para o âmbito temático deste estudo, calha citar o Modelo Simples do Crime Racional (MOSCR), de Gary Becker⁶⁷³, segundo o qual os indivíduos cometem crimes com base em uma análise racional de cada situação, ou seja, considerando um exame comparativo entre custos e benefícios, entre possíveis resultados positivos e negativos⁶⁷⁴; entendendo-se, pois, que os indivíduos atuam racionalmente por vislumbrar que os custos são baixos em relação às oportunidades e aos benefícios (os quais, inclusive, em geral, chegam muito mais rapidamente do que por meio de outras práticas)⁶⁷⁵. Becker, portanto, analisou o comportamento criminal a partir de uma perspectiva econômica e apresentou um modelo formal que buscava explicar o comportamento de um delinquente racional seguindo os padrões que os economistas se valiam, no começo dos anos de 1970, para considerar as decisões de um consumidor típico.⁶⁷⁶

⁶⁷¹ A análise aqui será realizada de forma bastante superficial, em razão do escopo e dos limites deste trabalho.

⁶⁷² Assim, a teoria da escolha racional pressupõe que, ante uma determinada situação, os indivíduos agem racionalmente com o intuito de maximizar as possibilidades de alcançar suas metas e de realizar seus projetos; para tanto, os indivíduos antecipariam os resultados de suas ações e calculariam qual seria a melhor alternativa ou aquela que lhes traria maior satisfação, com os menores custos envolvidos.

⁶⁷³ BECKER, Gary S., Crime and punishment: An economic approach., **The economic dimensions of crime**, p. 13–68, 1968. Nuno Garoupa (Combinar a economia e o direito: a análise econômica do Direito, **Systemas - Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, v. 1, n. 1, 2009) relembra que esse estudo de Becker juntamente com o artigo de Coase (1968) e os livros de Calabresi (1970) e de Posner (1972) foram os responsáveis por fazer com que a análise econômica do Direito ganhasse notoriedade, em especial no ordenamento jurídico norte-americano.

⁶⁷⁴ ARIELY, Dan, **A mais pura verdade sobre a desonestidade: porque mentimos para todo mundo, inclusive para nós mesmos**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, *ebook*.

⁶⁷⁵ RANGEL, Ronaldo; TONON, Daniel Henrique Paiva, A Teoria Econômica do Crime e a Teoria da Complexidade: as bases para um ensaio sobre a natureza da corrupção no Brasil, **Revista de Estudos Sociais**, 2017. Nas palavras dos autores: "Nesta linha de raciocínio de Becker, o criminoso escolhe pelo ilícito, mesmo diante dos riscos, sempre que lhe for mais vantajoso cometer o crime frente à baixa expectativa de aplicação de sanções. Desta maneira, a questão das sanções é um elemento de grande importância para o comportamento racional de quem pretende delinquir."

⁶⁷⁶ SAID, José Luis, Corrupción Administrativa, Democracia y Derechos Humanos., *in*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Orgs.), **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade: anais do VI Congresso da Associação de**

Ocorre que, nas últimas décadas, têm surgido evidências nas ciências comportamentais de que o processo de tomada de decisões não se forma com base no simples sopesamento entre custos e benefícios - ao contrário, tem se conseguido demonstrar que o comportamento é influenciado por diversos fatores sociais, ambientais e psicológicos (muitos dos quais sequer nos damos conta), de forma que a tomada de decisões, na verdade, é um processo *previsivelmente irracional*⁶⁷⁷. Essas evidências têm trazido à tona algumas novas percepções sobre o funcionamento de redes de corrupção, sobre como os indivíduos se vêem tentados a se beneficiar de práticas corruptas⁶⁷⁸ e como reagem aos mecanismos previstos na medidas anticorrupção, informações que podem (devem!) ser aproveitadas para o desenvolvimento de novas políticas de integridade, mais eficazes, mais eficientes e mais humanas. Em especial no campo da psicologia e da economia comportamental existem diversos estudos que questionam a teoria da escolha racional - pede-se venia para citar, de forma breve em função dos limites e do escopo desta tese, apenas três deles: o de Daniel Kahneman (prêmio nobel de economia em 2002) e o de Richard Thaler (prêmio nobel de economia em 2017) e de Cass R. Sunstein, em razão da importância de ambas as pesquisas para a teoria geral da decisão, e o de Dan Ariely, por tratar especificamente da desonestidade, muito próximo, pois, do tema deste estudo.

Kahneman há algumas décadas vem acompanhando e conduzindo pesquisas sobre julgamentos e tomadas de decisões que demonstram a existência de *vieses sistemáticos*,

Direito Público do Mercosul: homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 253–261.

⁶⁷⁷ Uma homenagem a Dan Ariely (**Previsivelmente irracional**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008), cujos estudos introduziram esta doutoranda ao mundo das ciências comportamentais e, especificamente, do processo de tomada de decisões.

⁶⁷⁸ Com efeito, por exemplo, no campo da criminologia, Maurice Cusson (**Criminologia: só pelo conhecimento se pode evitar a criminalidade**, 2a ed. Cruz Quebrada: Casa das Letras, 2007, p. 107 a 116) afirma que a ideia de que o delinquente é um ser racional contraria tanto o senso comum quanto os pressupostos positivistas. Segundo o autor, a racionalidade dos delinquentes comuns parece longe de ser perfeita, revelando-se, na verdade, como uma desconcertante combinação entre racionalidade e irracionalidade. O autor cita três postulados que servem para demonstrar que a racionalidade está desigualmente distribuída pelos delinquentes e que, na maior parte dos delitos, é imperfeita: (i) no seio de uma população que tenha cometido delitos, encontra-se um grande número de pessoas normais, uma minoria de anormais e uma minoria ainda menor de verdadeiros doentes mentais; (ii) o processo de tomada de decisão, na maior parte dos delitos, é uma versão rudimentar da racionalidade limitada, teorizada por Simon, segundo a qual, na verdade, um decisor não procura propriamente a melhor solução para o seu problema mas, de modo mais modesto, uma solução satisfatória, isto é, que esteja à altura de alguns critérios mínimos (ou seja, a decisão se baseia em uma representação simplificada da realidade; diante de um problema complexo, o decisor não atende a todos os dados, não examina todas as opções possíveis e nem todas as eventuais consequências); (iii) a maioria dos delitos obedece a uma sequência temporal que tem a particularidade de proporcionar aos seus autores vantagem imediata e, mais tarde, muitos dissabores; dessa forma, estes aspectos parecem racionais a curto prazo e irracionais a longo prazo (ou seja, a racionalidade de um delito parece variar conforme o observador considera os seus resultados imediatos ou as suas consequências mais longínquas) e, aparentemente, os delinquentes possuem uma miopia temporal que não lhes permite governar racionalmente suas vidas (optam por "viver a crédito", aproveitando no imediato, mas correndo o risco de pagar mais tarde).

preferências intuitivas que violam consistentemente as regras da escolha racional (enxergando, pois, o processo de tomada de decisão de forma muito mais complexa do que um simples sopesamento entre custos e benefícios). Em síntese, segundo o autor, a atividade mental pode ser descrita por meio de uma metáfora de dois agentes que interagem entre si: o Sistema 1 (S1) e o Sistema 2 (S2), os quais são os responsáveis, respectivamente, pelo pensamento rápido (o pensamento intuitivo) e pelo pensamento lento (o pensamento deliberado)⁶⁷⁹. Assim, enquanto S1 opera de forma automática e rápida, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário, S2 destina atenção às atividades mentais mais trabalhosas e complicadas que o requisitam e muitas vezes são associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração. Ocorre que, muito embora geralmente o indivíduo tenda a se identificar com S2 (o eu consciente, que faz escolhas racionais), na verdade, é S1 que origina sem esforço as impressões e as sensações que são as principais fontes das crenças explícitas e das escolhas direcionadas de S2⁶⁸⁰. Ou seja, S2 articula julgamentos e faz escolhas, mas com frequência endossa ou racionaliza ideias e sentimentos que foram gerados por S1⁶⁸¹. Sempre que o indivíduo está desperto, S1 e S2 estão ativos, mas não de forma igualitária: (i) S1 funciona automaticamente, enquanto S2 geralmente se coloca em um modo de pouco esforço, em que apenas uma fração de sua

⁶⁷⁹ KAHNEMAN, Daniel, **Rápido e devagar: duas formas de pensar**, Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, ebook.

⁶⁸⁰ *Ibid.* Segundo o autor, as operações de S2 são trabalhosas e seu principal traço é a "preguiça", ou seja, uma relutância em investir mais esforço do que o estritamente necessário. Por isso, muitos dos pensamentos e das ações que S2 acredita ter escolhido são, na verdade, orientados por S1. No entanto, existem também tarefas vitais que só S2 é capaz de realizar, pois exigem esforço e ações de autocontrole em que as intuições e os impulsos de S1 são subjugados.

⁶⁸¹ *Ibid.* Ou seja, as operações automáticas de S1 normalmente geram padrões de ideias muito complexos que influenciam diretamente S2, muito embora somente S2, mais lento, seja hábil a construir pensamentos em séries ordenadas de passos, assumindo, inclusive, algumas vezes, o controle e dominando os impulsos e as associações de S1 (de forma ainda mais simples: o pensamento intuitivo S1 - "rápido" - apresenta falhas inegáveis que podem, inclusive, afetar o pensamento racional S2 - "lento"). O pensamento rápido é formado pelas variações do pensamento intuitivo (especializado e heurístico) e por atividades inteiramente automáticas (percepção e memória). O pensamento intuitivo especializado (a opinião precisa dos especialistas) pode ser explicado como efeito da prática prolongada, que se desenvolve quando os especialistas aprendem a reconhecer elementos familiares em uma nova situação e agir de modo que seja apropriado a isso (muito embora hoje se saiba que nem toda intuição funciona assim e que a emoção influencia nossas escolhas intuitivas e julgamentos muito mais do que se imaginava). Já o pensamento intuitivo heurístico ocorre quando nos confrontamos com uma questão difícil, para a qual a nossa mente não está "treinada" e não tem de pronto uma resposta rápida, situações em que, muitas vezes, acabamos respondendo a uma questão mais fácil no lugar daquela difícil, normalmente sem nos darmos conta dessa substituição. Quando a busca espontânea por uma resposta intuitiva (seja uma solução especializada, para a qual nosso cérebro está treinado, seja uma resposta heurística) fracassa, muitas vezes passamos a uma forma de pensar mais lenta, mais deliberativa e mais vagarosa (S2). As operações extremamente diversificadas de S2 possuem uma característica em comum: elas exigem atenção e são interrompidas quando essa atenção é desviada. Daí que S2 tem alguma capacidade de mudar como S1 funciona programando as funções normalmente automáticas de atenção e de memória. No entanto, como temos uma capacidade de atenção limitada, é difícil ou impossível administrar, ao mesmo tempo, várias das atividades conduzidas por S2 (já que exigem algum esforço de atenção).

capacidade está desenvolvida; (ii) S1 gera de forma contínua sugestões para S2 (impressões, intuições, intenções e sentimentos), as quais, se endossadas por S2 tornam-se crenças ou ações voluntárias - e, via de regra, na maior parte do tempo é exatamente isso que acontece, ou seja, S2 adota as sugestões de S1 com pouca ou nenhuma modificação; (iii) apenas quando S1 tem dificuldades de atuar (de oferecer uma pronta resposta) é que ele recorre a S2, para que este forneça um processamento mais detalhado e específico para solucionar aquele problema (ou seja, S2 é ativado quando se detecta um evento que viola o modelo de mundo mantido por S1); (iv) S2 também é responsável por realizar um monitoramento contínuo de seu próprio comportamento, sendo mobilizado para aumentar o esforço quando detecta um erro prestes a ser cometido. Mas é importante ter em mente que S2 tem capacidade limitada: no caso de uma ameaça de sobrecarga mental, a reação é seletiva, sendo protegida a atividade mais importante (para a qual é destinada a atenção necessária)⁶⁸²; além disso, atividades que impõem exigências altas a S2 requerem autocontrole, operação exaustiva e desagradável, podendo gerar o "esgotamento do ego" que equivale a uma espécie de perda da motivação (ou seja, após exercer o autocontrole em uma tarefa, o indivíduo não se sente disposto a empreender o mesmo esforço em outra, embora tivesse que fazê-lo - o que pode, portanto, gerar decisões ruins). Assim, S1 e S2 promovem uma divisão de tarefas bastante eficiente, minimizando o esforço e otimizando o desempenho⁶⁸³.

Ocorre que S1 costuma cometer erros sistemáticos em circunstâncias específicas (em especial, ilusões cognitivas) - no entanto, como S1 atua automaticamente e não pode ser desligado, esses erros de pensamento intuitivo são muito difíceis de prevenir; às vezes S2 sequer recebe indicativos de que o erro está prestes a acontecer⁶⁸⁴. Dessa forma, segundo Kahneman, o ideal é que o indivíduo possa aprender a identificar as situações em que esses erros são prováveis (várias delas demonstradas de forma detalhada pelo autor; ressalte-se que, na década de 1970, Daniel Kahneman e Amos Tversky identificaram três heurísticas ou regras gerais que modificaram a forma como se analisa o pensamento - ancoragem,

⁶⁸² *Ibid.* Kahneman destaca que a capacidade de reserva é alocada segundo a segundo para outras tarefas; essa alocação de energia tem sido aperfeiçoada ao longo do tempo, pois orientações reações rápidas diante de ameaças mais sérias ou oportunidades mais promissoras melhoravam a chance de sobrevivência (assim, S1 assume o controle nas emergências e confere prioridade total às ações de autoproteção).

⁶⁸³ *Ibid.* Segundo Kahneman, essa "divisão de tarefas" geralmente funciona bem porque, na maioria das vezes, S1 é muito bom no que faz - seus modelos de situações familiares e suas previsões de curto prazo são precisos e suas reações iniciais a desafios geralmente são rápidas e apropriadas.

⁶⁸⁴ *Ibid.* E, ainda que existam indicativos desse provável erro, sua prevenção só poderia acontecer por meio de monitoramento acentuado e da atividade diligente de S2; no entanto, manter essa vigilância constante é impraticável.

disponibilidade e representatividade - e os vieses associados a cada um delas⁶⁸⁵) e se esforçar para evitar enganos significativos em tomadas de decisões importantes. Assim, a melhor forma de lidar com os vieses, bloqueando os erros originados em S1 para aprimorar os julgamentos e as decisões, é procurando reconhecer os sinais de que se está pisando em um "campo minado cognitivo", e que, portanto, deve se reduzir a velocidade e pedir o apoio de S2.

Thaler e Sunstein também partem dessa premissa da existência de dois tipos de "pensamento" (denominam S1 de sistema automático e S2 de sistema reflexivo), considerando, da mesma forma, que, embora o sistema automático (intuitivo) possa ser muito preciso, frequentemente as pessoas cometem erros exatamente por confiar demais nele⁶⁸⁶. A teoria da escolha racional, na forma como construída, pressupõe que sempre que o indivíduo vá tomar qualquer decisão, ele consulta antes S2 (o sistema reflexivo); mas, na verdade, fato é que, muitas vezes, a pessoa sequer pensa antes de decidir, dando a primeira resposta que lhe vem à mente (formulada, pois, por S1). Daí que, de forma muito bem humorada, os autores propõem a classificação dos indivíduos em *econos* e *humanos*: (i) os *econos* dão vida à concepção do "homem econômico", segundo a qual o indivíduo sempre pensa e toma decisões de forma correta (mesmo que não faça sempre previsões perfeitas, invariavelmente será imparcial, de forma que, ainda que cometa erros, não estará

⁶⁸⁵ *Ibid.* De forma bastante resumida: (i) O efeito de ancoragem é comum no cotidiano: "ele acontece quando as pessoas consideram um valor particular para uma quantidade desconhecida antes de estimar essa quantidade. O que ocorre é um dos resultados mais confiáveis e robustos da psicologia experimental: a estimativa fica perto do número que as pessoas consideraram — por isso a imagem de uma âncora." Por exemplo, ao considerar o quanto deve ser pago por uma casa, o indivíduo geralmente é influenciado pelo preço pedido. Os autores conseguiram demonstrar que os julgamentos das pessoas eram influenciados por um número obviamente não informativo, havendo duas formas de ancoragem: uma que ocorre em um processo deliberado de ajuste (operação de S2) e outra que ocorre em razão de um efeito *priming* (manifestação automática de S1). No primeiro caso, o pensamento se inicia com uma âncora e o indivíduo vai fazendo ajustes na direção que considera apropriadas - o viés ocorre geralmente porque esses ajustes são insuficientes. No segundo caso, tem-se a sugestão como um efeito de *priming* que evoca seletivamente a evidência compatível (S1 compreende sentenças e, tentando torná-las verdadeiras, promove a ativação seletiva de pensamentos compatíveis que produzem uma família de erros sistemáticos que nos torna crédulos e propensos a acreditar no que queremos acreditar). (ii) A heurística da disponibilidade é o processo de julgar a frequência de determinado evento de acordo com a "facilidade com que as ocorrências vêm à mente". De acordo com os autores, "a heurística da disponibilidade, como outras heurísticas de julgamento, substitui uma questão por outra: você deseja estimar o tamanho de uma categoria ou a frequência de um evento, mas comunica uma impressão da facilidade com que as ocorrências vêm à mente. A substituição de perguntas inevitavelmente produz erros sistemáticos." Relacionam-se à heurística da disponibilidade a acessibilidade e a visibilidade, além de acontecimentos recentes (que impactam mais no nosso comportamento e nos nossos medos do que os antigos). A heurística da disponibilidade ajuda a explicar muitos comportamentos relacionados a riscos - avaliações de riscos mal feitas podem influenciar tanto a forma como nos preparamos para crises, decisões econômicas e processos políticos como a forma como reagimos a eles, podendo, inclusive, afetar políticas públicas, uma vez que o Estado tende a alocar mais recursos em situações que causam mais temor à sociedade (e não necessariamente nas que ofereçam risco mais provável).

⁶⁸⁶ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R., **Nudge: como tomar as melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade.**, Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2008, *ebook*.

sistematicamente equivocado em uma direção previsível), reage, acima de tudo, a incentivos, enquadrando-se, pois, na imagem teórica de seres humanos criada por economistas (ou seja, o homem imaginado pela teoria da escolha racional); (ii) os humanos, por outro lado, cometem erros previsíveis e, embora também reajam a incentivos, sofrem fortes influências dos *nudges* (entendendo-se *nudge* como qualquer fator que altere significativamente o comportamento humano, mesmo que ignorado pelos *econos*). Como é de se presumir, Thaler e Sunstein concebem os *econos* como uma espécie imaginária; a espécie real de indivíduos são os humanos.⁶⁸⁷

Considerando estes pressupostos, os autores analisam o que denominam de *arquitetura de escolhas*. Defendem que existem pessoas e entidades que funcionam como verdadeiros arquitetos de escolhas, nas mais diversas situações, pois é deles a responsabilidade de organizar o contexto no qual as pessoas tomam decisões (alertando, inclusive, que não existe uma conjuntura neutra). Esses arquitetos de escolhas podem melhorar a vida das pessoas concebendo ambientes favoráveis a boas escolhas - isso porque, como dito, as pessoas que escolhem, que decidem são humanas (e não *econos*), de forma que detalhes mínimos, aparentemente insignificantes, podem gerar grandes impactos em seu comportamento.⁶⁸⁸

Daí a defesa dos autores de que o Estado, em especial (embora o mesmo raciocínio se aplique ao setor privado) adote uma estratégia de "paternalismo libertário" para melhorar a vida das pessoas, direcionando-as a melhores escolhas: (i) a faceta libertária da estratégia encontra-se na convicção de que as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem, devendo ser preservada ou aumentada a sua liberdade de escolha; (ii) já o lado paternalista da estratégia centra-se na ideia de que os arquitetos de escolha têm legitimidade para tentar influenciar o comportamento das pessoas, desde que seja para tornar a vida delas mais longa, mais saudável e melhor (ou seja, direcionar de forma consciente as pessoas a fazerem escolhas que melhorem sua vida). Isso porque, com fundamento em alguns achados das ciências sociais, é possível afirmar que, em muitos casos, as pessoas tomam decisões ruins, que não tomariam caso estivessem prestando mais atenção e se tivessem todas as informações necessárias, capacidades cognitivas ilimitadas e total autocontrole. Assim, na forma como proposto, segundo os autores, o paternalismo libertário é um tipo de paternalismo fraco e não intrusivo, pois não gera impedimentos ou obstáculos às escolhas, apenas induz, de forma consciente, as pessoas a tomarem caminhos que melhorarão sua vida. Noutras palavras, a estratégia proposta pelo "paternalismo libertário" consiste em dar um "empurrãozinho" (um *nudge*) para que o indivíduo tome decisões melhores - esse *nudge* pode

⁶⁸⁷ *Ibid.*

⁶⁸⁸ *Ibid.*

ser concebido como qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de modificar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar nenhuma opção e sem que haja nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos (um *nudge* deve ser uma opção barata e fácil de evitar; uma sugestão, não uma ordem).⁶⁸⁹ Em resumo, a proposta de Thaler e Sunstein engloba um conjunto de soluções que visam ajudar as pessoas a tomar boas decisões sem restringir sua liberdade.

Por fim, Dan Ariely questionando, da mesma forma, a teoria da escolha racional, traz a discussão para o campo da desonestidade, à luz da teoria econômica comportamental⁶⁹⁰. O autor defende que, na verdade, as forças que governam a desonestidade são muito mais complexas do que as previstas pelo Modelo Simples de Crime Racional (MOSCR)⁶⁹¹ - sua tese central é de que o comportamento humano, quanto à sua honestidade, seria conduzido por duas motivações opostas e conflitantes: (i) por um lado, o indivíduo quer se enxergar como uma pessoa honesta e honrada, sentir-se bem em relação a si mesmo ("motivação do ego"); e (ii) por outro lado, quer se beneficiar da trapaça e conseguir o máximo de recompensa com isso ("motivação financeira"). Para conciliar essas duas motivações, chegando a um equilíbrio, o indivíduo se vale de um processo de racionalização e da "teoria da margem de manobra", ou seja, o indivíduo se utiliza uma certa "flexibilidade cognitiva", habilidade humana que lhe permite, *desde que trapaceie apenas um pouco*, beneficiar-se da trapaça e ainda se ver como um ser humano correto, honesto (segundo o autor, cada pessoa teria um limite para o quanto pode trapacear antes de se tornar absolutamente "pecaminoso"). A proposta de Dan Ariely, então, é tentar entender como é o funcionamento interno dessa margem de manobra, que permite o delicado equilíbrio entre manter a autoimagem positiva e se beneficiar da trapaça. De forma bastante resumida, o autor conclui que existem determinados tipos de atitudes e de contextos que tornam os padrões morais das pessoas mais flexíveis (por exemplo, o esgotamento físico, o esgotamento mental - "esgotamento do ego" -, sinalizações negativas para si mesmo, o contágio moral, situações de conflitos de interesses etc) e que, para que exista alguma chance de se reduzir a desonestidade, é necessário, antes de tudo,

⁶⁸⁹ *Ibid.*

⁶⁹⁰ ARIELY, **A mais pura verdade sobre a desonestidade: porque mentimos para todo mundo, inclusive para nós mesmos**, ebook.

⁶⁹¹ *Ibid.* O pesquisador, inicialmente, conduziu diversos experimentos para colocar à prova o Modelo Simples do Crime Racional (MOSCR), tendo obtido os seguintes resultados: (i) que não houve variação significativa do nível de trapaça em relação ao valor da recompensa, o que indica que muito provavelmente a escolha por um comportamento desonesto não é fruto de uma análise de custos e benefícios; (ii) que não houve variação significativa do nível de trapaça em relação à probabilidade de ser flagrado; (iii) que não houve variação significativa do nível de trapaça em relação ao conhecimento dos resultados comparativos, o que indica que o ato de trapacear não é acionado por preocupações sobre ficar fora da média - na verdade, os resultados demonstram que o senso da nossa própria moralidade está ligado com a frequência de trapaça com a qual nos sentimos confortáveis; noutras palavras, segundo o autor, trapaceamos até o nível que nos permite manter nossa autoimagem como de indivíduos razoavelmente honestos.

compreender o motivo pelo qual as pessoas se comportam de forma desonesta e entender os efeitos desses contextos (ambientais e psicológicos) sobre a desonestidade, para poder se reconhecer quais as forças estão atuando no direcionamento do comportamento desonesto e descobrir maneiras de controlá-las e melhorar os resultados.⁶⁹²

⁶⁹² *Ibid.* Citam-se abaixo alguns dos achados descritos em *A mais pura verdade sobre a desonestidade*:

(i) certos tipos de atitude tornam os padrões morais dos indivíduos mais flexíveis - quando se aumenta o distanciamento entre um ato desonesto e as suas consequências, a margem de manobra aumenta e as pessoas trapaceiam mais (o autor realizou experimentos em que identificou que a trapaça por dinheiro geralmente é menos bem aceita pela bússola moral das pessoas, mas quando a trapaça é para ter como recompensa coisas que poderiam ser convertidas em dinheiro, a desonestidade tende a aumentar);

(ii) muitas pessoas precisam de lembretes para se manterem no caminho correto: fazer com que as pessoas se lembrem de padrões morais e éticos é capaz de melhorar o comportamento moral delas;

(iii) para reduzir a criminalidade, é preciso encontrar uma maneira de modificar a forma como os indivíduos racionalizam suas ações: quando a capacidade de racionalizar desejos egoístas aumenta, a margem de manobra também cresce, fazendo com que a pessoa fique mais confortável com seu próprio mau comportamento e trapaça;

(iv) a desonestidade é diretamente influenciada pela distância psicológica em relação à ação, ou seja, é muito mais simples trapacear quando há mais estágios entre a pessoa e o ato desonesto;

(v) as pessoas não precisam ser corruptas para agir de forma problemática e às vezes prejudicial - pessoas bem intencionadas podem tropeçar nas peculiaridades da mente humana, cometer erros flagrantes e, ainda assim, continuar se considerando boas e morais; por exemplo, situações de conflitos de interesses (bastante comuns tanto na vida pessoal quanto na vida profissional) podem induzir o comportamento do indivíduo e influenciar suas decisões;

(vi) especificamente quanto aos conflitos de interesses, os resultados sugerem que, quando alguém ou alguma organização faz um favor a uma pessoa, ela tende a agir de forma parcial a qualquer coisa que esteja relacionada com a parte doadora e que a magnitude dessa tendência aumenta na proporção do favor inicial;

(vii) apesar do reconhecimento da influência que os conflitos de interesses podem causar nas decisões, é preciso ter em mente que não é fácil se chegar a sistemas de remuneração que sejam totalmente livres deles; em muitos casos, ainda que pudessem ser eliminados, os custos em termos de menor flexibilidade e de maior burocracia e fiscalização poderiam não valer a pena; dessa forma, o mais sensato é que se possa perceber a extensão na qual os indivíduos podem ficar cegos por suas motivações financeiras e tentar reduzi-las de forma inteligente quando os custos tenderem a superar os benefícios;

(viii) quando a capacidade de raciocínio deliberativo de uma pessoa está ocupada, o seu sistema impulsivo adquire mais controle sobre o comportamento ("esgotamento do ego"), podendo se deduzir que, para resistir a uma "tentação" é necessário aplicar esforço e energia consideráveis, ou seja, ao esgotar sua força de vontade, um indivíduo terá consideravelmente mais problemas para controlar seus "desejos" e essa dificuldade pode desgastar também sua honestidade (o "esgotamento do ego" tira um pouco do poder de raciocínio e, com ele, a capacidade de a pessoa agir moralmente; o "esgotamento do ego" pode fazer a pessoa sucumbir de forma mais fácil a decisões desonestas);

(ix) como aparentemente o tempo somado à resistência acumulada ("esgotamento do ego") enfraquecem a capacidade de uma pessoa lutar contra suas tentações, algumas inferências são possíveis: (a) o fato de se expor a uma tentação dificulta ainda mais a luta contra ela e contra outras tentações ao longo do dia; (b) sempre que possível, o ideal é enfrentar situações que exigem autocontrole logo cedo pela manhã (antes de ficar esgotado demais); (c) é mais fácil adotar a estratégia de evitar completamente uma tentação do que a de superá-la quando ela está presente (ou perto demais a ponto de ser muito difícil não sucumbir);

(x) quando a pessoa estabelece uma "sinalização para si mesmo" negativa ou relacionada à desonestidade, as suas restrições morais se afrouxam em algum grau, tornando-se mais fácil que ela avance no caminho da desonestidade;

(xi) quando o indivíduo começa a violar suas próprias normas (por exemplo, trapaceando por incentivos monetários - enviado, pois, uma "sinalização para si mesmo" negativa ou relacionada à desonestidade), ele fica mais propenso a abandonar novas tentativas de controlar seu próprio

comportamento e, desse ponto em diante, existe uma boa probabilidade de que ele venha a sucumbir à tentação de continuar a se comportar mal (efeito "que se dane");

(xii) uma "sinalização para si mesmo" negativa ou relacionada à desonestidade também faz com que a pessoa veja os outros como menos honestos;

(xiii) em razão da "sinalização para si mesmo" negativa ou relacionada à desonestidade e do efeito "que se dane" um único ato de desonestidade é capaz de alterar o comportamento de uma pessoa a partir desse ponto, podendo gerar uma influência, dali em diante, substancial e de longa duração (ou seja, pode mudar o comportamento da pessoa, a sua autoimagem e o modo como ela vê os outros); noutras palavras, considerando o efeito "que se dane" é possível que um ato inicial de trapaça aumente, para o indivíduo, seu nível geral de sinalização para si mesmo de desonestidade, aumentando a sua margem de manobra, ou seja, despertando um padrão moral mais flexível e uma maior tendência de trapacear em outras situações; daí a importância de se reduzir a quantidade de atos isolados, iniciais, aparentemente inócuos de desonestidade, pois eles são especialmente importantes na forma como a pessoa olha para si e para suas ações a partir daquele ponto;

(xiv) para lutar contra essa deterioração moral (especialmente em razão das consequências da sinalização negativa para si mesmo e do efeito "que se dane") é necessário ficar claro que um ato imoral pode levar a outros e que atos imorais em um domínio podem influenciar a moralidade em outros domínios; dessa forma, é necessário concentrar atenção nos sinais precoces de comportamentos desonestos e fazer o possível para eliminá-los em seus primeiros estágios, antes de se desenvolvam;

(xv) as pessoas têm habilidade de mentir não apenas para os outros, mas também para si mesmas - o autoengano é uma estratégia útil para que o indivíduo acredite nas histórias que conta para si mesmo e, se for bem-sucedido, reduza a possibilidade de recuar e, acidentalmente sinalizar que é algo diferente do que finge ser; no entanto, aparentemente quando o indivíduo fica ostensivamente consciente das maneiras pelas quais trapaceia, ele fica também muito menos capaz de praticar o autoengano, de assumir um crédito injustificado por seu desempenho;

(xvi) por outro lado, o autoengano positivo (que faz com que a pessoa mantenha uma autoimagem positiva) pode ajudar o indivíduo a aumentar seu bem-estar geral e a lidar com o estresse, aumentar sua persistência ao realizar tarefas difíceis ou entediantes e fazê-lo tentar experiências novas e diferentes; no entanto, esse autoengano positivo também pode induzir o indivíduo a supor que tudo dará certo levando-o, conseqüentemente, a não tomar as melhores decisões; o equilíbrio, portanto, se situa entre a felicidade (parcialmente impulsionada pelo autoengano positivo) e as decisões ótimas para o futuro (e uma visão mais realista sobre si mesmo);

(xvii) diante do conflito entre a propensão de mentir para si mesmo e para os outros e o desejo de se considerar uma pessoa boa e honesta, o indivíduo geralmente justifica sua desonestidade por meio de racionalização, ou seja, conta histórias para si mesmo (às vezes em uma verdadeira ginástica mental) aplicando todo tipo de justificativa para manipular os critérios, utilizando um processo que lhe permita justificar a escolha que ele realmente gostaria de fazer, de forma que, ao final, consegue fazer o que quer e, ao mesmo tempo, manter a aparência (para si mesmo e para os outros) de que está agindo de acordo com suas preferências racionais e bem fundamentadas;

(xviii) daí que aparentemente existe uma certa ligação entre criatividade e desonestidade que se relaciona com a habilidade de contar histórias para si mesmo sobre como se está agindo corretamente mesmo quando não se está (no entanto, o autor destaca que a criatividade continua tendo inúmeros aspectos positivos: "Obviamente, devemos continuar contratando pessoas criativas, ainda devemos aspirar a ser criativos e devemos continuar a incentivar a criatividade nos outros. Porém, também precisamos compreender as ligações entre criatividade e desonestidade e tentar restringir os casos em que pessoas criativas possam ser tentadas a utilizar suas habilidades a fim de encontrar novas maneiras de se comportar mal.")

(xix) por outro lado, não ficou demonstrada correlação entre a inteligência e a desonestidade;

(xx) a pessoa irritada ou magoada por alguém ou alguma coisa tende a ter mais facilidade para justificar seu comportamento imoral (como se a desonestidade se tornasse uma retribuição, um ato de compensação contra algo que lhe incomodou em primeiro lugar);

(xxi) a capacidade do indivíduo de justificar suas ações é extensa e expansiva, podendo a racionalização ser predominante em todas as suas atividades diárias; o indivíduo tem capacidade de se distanciar das diferentes formas possíveis de tomar conhecimento de que está quebrando as regras, especialmente quando suas ações estão afastadas em alguns estágios do dano direto causado a outra pessoa;

(xxii) aparentemente o equilíbrio natural da honestidade social pode ser perturbado se o indivíduo é colocado em estreita proximidade com alguém que esteja trapaceando; o fato de pessoas próximas ao indivíduo trapacearem (cruzarem com ele a linha ética) pode fazer com que suas ações pareçam mais

socialmente aceitáveis aos seus próprios olhos; no entanto, quando o indivíduo está consciente (é lembrado) da possibilidade de adotar um comportamento imoral, reflete acerca de sua própria moralidade e, por consequência, se comporta mais honestamente;

(xxiii) a trapaça, pois, não apenas é comum como também contagiosa e pode ser acentuada pela observação de um comportamento inadequado de outras pessoas que estejam ao redor - no entanto, as forças sociais que circundam o indivíduo operam de maneiras diferentes: (a) quando o trapaceiro faz parte do mesmo grupo social, o indivíduo geralmente se identifica com ele e, por consequência, sente que trapacear é mais socialmente aceitável; (b) no entanto, quando o trapaceiro é alguém de fora do grupo, fica mais difícil para o indivíduo justificar seu mal comportamento, o que faz com que ele se torne uma pessoa mais ética no desejo de se distanciar daquela pessoa imoral e do grupo de fora (muito menos moral); esses resultados demonstram que as outras pessoas são fundamentais na definição dos limites aceitáveis para o comportamento do indivíduo (inclusive de trapaça), especialmente quando essas outras pessoas são figuras de autoridade (pais, chefes, professores ou outra pessoa que o indivíduo respeite), caso em que a probabilidade de se deixar influenciar e ajustar sua própria bússola moral é ainda maior;

(xxiv) a ideia de que a desonestidade pode ser "transmitida" de uma pessoa para outra via contágio social sugere que é necessário assumir uma abordagem diferente para coibi-la - isso inclui deixar de ver pequenas infrações como triviais e inconsequentes, porque embora possam ser insignificantes individualmente, quando se acumulam (em uma pessoa, em muitas ou em grupos), elas podem enviar a sinalização de que não há problemas em se comportar mal em uma escala maior, ou seja, os efeitos da transgressão individual pode ir além de um único ato desonesto (e essa "escalada de desonestidade" pode acabar possibilitando um resultado final desastroso, que é o desenvolvimento implícito de um código de conduta menos ético); daí a necessidade de se manter mais vigilante e efetivamente envidar esforços para frear até mesmo as pequenas infrações (uma boa pista para essa atuação está na teoria das *broken windows* de Kelling e Wilson, que sugere uma estratégia simples para prevenir o vandalismo: consertar os problemas quando eles ainda são pequenos);

(xxv) por outro lado, é possível também se tirar proveito do lado positivo do contágio moral, divulgando, por exemplo, os indivíduos que desafiam a corrupção; embora seja pouco provável que os atos de honestidade produzam notícias tão chamativas quanto os de desonestidade, a partir do momento que se compreende o contágio moral, fica clara a importância de se promover publicamente os atos morais proeminentes;

(xxvi) de forma aproximada, mas não idêntica, é preciso ter em conta as hipóteses de trapaça nas situações de dependência social (ou seja, quando o bem-estar financeiro de outras pessoas depende das decisões do indivíduo) - a tendência de se preocupar com os outros pode aumentar as chances de o indivíduo ser mais desonesto em situações nas quais o comportamento antiético venha a beneficiar os outros ("trapaça altruísta"); no entanto, quando o indivíduo é supervisionado de perto, a trapaça (inclusive a altruísta) pode ser reduzida ou mesmo eliminada por completo (no entanto, ao se inserir um elemento social entre os que supervisionam e os que são supervisionados, o nível de trapaça aumentou - assim, embora o altruísmo possa aumentar a trapaça e a supervisão direta possa diminuí-la, a trapaça altruísta supera o efeito de supervisão quando as pessoas são colocadas juntas em um ambiente no qual têm a chance de socializar e de serem observadas);

(xxvii) embora trabalhar em colaboração carregue consigo uma maior probabilidade de trapaça, também é um elemento fundamental da vida profissional, pois aumenta a satisfação, a lealdade e a motivação - daí ser necessário se reconhecer os custos potenciais da colaboração e do aumento de afinidade; mas é preciso ter em mente que, nesses casos, o simples aumento de monitoramento, por si só, tem pouca probabilidade de modificar a situação do aumento de trapaça, o ideal seria focar na mudança da natureza da colaboração em grupo;

(xxviii) a honestidade e a desonestidade estão baseadas, pois, em uma mistura de dois tipos bastante diferentes de motivação: por um lado, o indivíduo que se beneficia da trapaça (motivação econômica racional) e por outro, quer se ver como ser humano correto e honesto (motivação psicológica) - a teoria da margem de manobra sugere que a capacidade de raciocínio flexível e de racionalização permite ao indivíduo alcançar esses dois objetivos ao mesmo tempo; ficou demonstrado que certas forças (como o que se pode ganhar com a trapaça e a probabilidade de ser pego) influenciam as pessoas surpreendentemente menos do que se poderia pensar, já outras (como lembretes morais, distância do dinheiro, conflitos de interesses, esgotamento, falsificações, criatividade, testemunho de atos desonestos de outros, preocupações altruístas etc) influenciam mais do que se poderia esperar; em resumo, entretanto, a conclusão é que os seres humanos são, em geral, mais morais do que prevê a teoria econômica padrão (ao menos as pessoas comuns, que não se enquadram na classificação de "verdadeiros criminosos");

Como exposto, diversos desses achados das ciências comportamentais têm sido trazidos para o âmbito das políticas de integridade pública. A OCDE, inclusive, tem incentivado e orientado análises nesse sentido. Com efeito, as percepções de conduta vêm levando, essencialmente, à incorporação de alguns aspectos principais às modernas políticas de integridade, referentes ao entendimento de que: (i) no cerne da integridade encontra-se uma eleição baseada na reflexão moral individual e que essa "bússola moral" é maleável; (ii) entre os desejos aparentemente opostos de se beneficiar da trapaça e, ao mesmo tempo, continuar se considerando uma pessoa honesta, o indivíduo é capaz de racionalizar e aplicar uma "margem de manobra moral" que o permite conciliar os dois objetivos (desde que trapaceie apenas um pouco); (iii) nem todas as decisões do indivíduo são decisões racionais, havendo uma série de fatores ambientais e psicológicos que podem influenciar seu comportamento (como o "esgotamento do ego"⁶⁹³, lembretes morais, irritação ou mágoa, conflitos de interesses etc); (iv) também a dinâmica social afeta o comportamento individual, no sentido de que as decisões éticas não são tomadas de maneira isolada, mas como parte da interação social (de forma que a integridade se vê afetada pelo comportamento da sociedade, dos vizinhos, dos colegas, ou seja, a integridade individual sofre os efeitos de um "contágio moral" tanto positivo quanto negativo)⁶⁹⁴; (iv) é importante evitar a escalada de desonestidade, inclusive com relação a atos menos graves, porque a sinalização para si

(xxix) por fim, diante de todos os achados, parece ser necessário repensar e reinventar novos tipos de estruturas que ajudem as pessoas evitar novas crises de racionalidade e de honestidade; especialmente estruturas que ajudem a reconhecer as deficiências dos indivíduos, lembrando-os de sua falibilidade e irracionalidade (*memento mori*) para direcioná-los a tomar decisões melhores, criar sociedades melhores e corrigir as instituições; ou seja, para que exista uma chance de reduzir a desonestidade, com soluções mais eficazes, é preciso, antes de tudo, compreender o motivo pelo qual as pessoas se comportam de forma desonesta, bem como se entender os efeitos do ambiente, do esgotamento físico e mental e a capacidade de contágio social da desonestidade; é essencial saber reconhecer quais as forças estão em ação no direcionamento do comportamento desonesto, para descobrir maneiras de controlá-las e melhorar os resultados.

⁶⁹³ Que, no contexto específico da análise das atividades dos servidores públicos, pode ser causado não apenas pelo cansaço, mas também por condições ligadas ao próprio ambiente laboral como cargas muito altas de trabalho, pressões referentes a prazos, a cumprimento de metas, a se manter no limite do desempenho etc.

⁶⁹⁴ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE), **La integridad pública desde una perspectiva conductual - el factor humano como herramienta anticorrupción**, p. 3, 4 e 9 e 10. Por exemplo, um sistema que preveja a repartição da carga de responsabilidade pelo ato irregular entre muitas pessoas pode criar um risco para a integridade, uma vez que o sentimento de culpa tende a ser menor quando compartilhado (ou seja, se várias pessoas se envolvem em uma conduta indevida, cada uma delas acaba se sentindo menos responsável pelo resultado); por outro lado, em um sistema em que a proteção do interesse público possa ser percebida como uma medida de reciprocidade indireta, a integridade tende a se fortalecer, em razão da confiança implícita de que todos agirão com base na mesma crença (de forma que a integridade beneficiará a todos). Adiante (p. 17), o informe da OCDE ressalta que a pessoa média tem uma motivação intrínseca para ser honesta e que ela se importa com os demais (com o que eles pensam, enxergam, fazem etc) - a força dessa motivação intrínseca depende da identidade moral do indivíduo, das normas sociais prevalentes e de outros fatores externos e varia entre as pessoas, as situações e as circunstâncias.

próprio desse desvio da bússola moral pode modificar o comportamento do indivíduo dali em diante (tornando-o moralmente mais flexível a partir de então); (v) algumas medidas podem ser tomadas pelo próprio Estado para tentar direcionar o indivíduo a decisões melhores, mais éticas, sem, no entanto, afetar sua liberdade individual.

Noutras palavras, pressupondo que as políticas de integridade devem ter como foco (e se voltar especialmente a esses casos⁶⁹⁵) a compreensão de que inclusive aqueles que agem de forma bem intencionada em alguns casos podem não tomar as decisões mais éticas ou probas, a ideia é que é possível se construir políticas públicas que possam influenciar positivamente as decisões morais dos indivíduos⁶⁹⁶. Daí a importância, em especial, do estudo sobre os *nudges* (exemplificado acima a partir das conclusões de Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein)⁶⁹⁷ no âmbito da integridade pública, que visam "dar um empurrãozinho" para que o servidor público - destinatário principal desses programas - siga optando pelo caminho da ética, da correção e da integridade. Isso porque, efetivamente, as políticas de integridade podem influenciar a bússola moral do indivíduo de duas maneiras principais: (i) elevando o ponto de referência moral, o que induz as pessoas a comparar as suas próprias ações com *standards* mais elevados, criando uma situação de "contágio moral" positivo (por exemplo, definir claramente as expectativas éticas e enfatizar a relevância da integridade e da confiança depositada nos servidores públicos pode ajudar a elevar seus pontos de referência moral); (ii) enfatizar o ponto de referência moral, uma vez que, como já exposto, mesmo as pessoas com *standards* morais internos muito elevados algumas vezes não os seguem (o que cria uma dissonância - geralmente ignorada - entre o comportamento e o ponto de referência moral), de forma que abordar a moralidade pessoal dos indivíduos e

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 17. Afastando-se, pois, a ideia de que as políticas de integridade devem ser pensadas com foco naqueles que têm desvios de condutas recorrentes, mentalidade criminosa, para tentar dissuadi-los de tomar decisões contrárias à ética e à honestidade. Noutras palavras, as políticas de integridade devem se dirigir à maioria das pessoas, serem desenhadas para respaldar dinâmicas que sustentem decisões éticas.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 9. Muito embora, como se viu, geralmente se considere que a pessoa que toma decisões probas está previamente motivada a se portar de forma ética e comprometida com a integridade, é preciso ter em mente que, na prática, as pessoas podem ser menos congruentes e menos categóricas em suas decisões éticas (menos inclusive do que admitem para si mesmas). A OCDE cita alguns achados das ciências comportamentais que podem ser utilizados nas políticas públicas na tentativa de influenciar as decisões dos indivíduos, elevando seus padrões morais: (i) há ampla evidência de que uma pequena "recordação moral" costuma ser suficiente para induzir a reflexão ética - esses momentos de reflexão podem se integrar a numerosas políticas públicas; (ii) também é possível invocar as eleições morais mediante a criação de compromissos e preparando mentalmente os indivíduos para as tentações de índole ética; (iii) por fim, um controle excessivamente estrito pode produzir efeitos adversos - o monitoramento excessivo de uma regra baseada na confiança pode fazer com que as pessoas a ignorem, criando-se assim um ponto de partida para uma conduta indevida grave.

⁶⁹⁷ THALER; SUNSTEIN, **Nudge: como tomar as melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**.

estimulá-los a refletir sobre as consequências éticas de suas ações pode levar à adoção de decisões mais consonantes com a moralidade, a ética e a probidade.⁶⁹⁸

Nesse sentido, por meio do *controle comportamental*, o Estado pode adotar, em uma espécie de atuação preventiva, políticas, *nudges*, incentivos etc no sentido de implementação dos valores, do contexto ambiental, da cultura de integridade. Sob esse aspecto, as políticas de integridade, reforçando esses comportamentos, podem criar um entorno institucional em que a atuação íntegra, proba, correta seja considerada como regra - alterando, assim, a dinâmica social (o efeito do "contágio moral") em um sentido positivo. Mas, para tanto, é necessário se estabelecer um equilíbrio entre (i) incutir confiança nos agentes/destinatários dos programas de integridade pública sobre a importância e efetividade dessa mudança cultural e institucional e (ii) investigar e sancionar as violações de maneira séria, justa e coerente.⁶⁹⁹ Dessa forma, é essencial que o controle de conduta abranja também o viés repressivo - assunto do próximo ponto.

1.2. Os deveres funcionais: uma perspectiva repressiva do controle de conduta

Como dito, é comum que os parâmetros e as diretrizes das condutas que são esperadas dos servidores públicos estejam positivadas em normas gerais que estabeleçam os deveres funcionais, em códigos de ética e em códigos de conduta. O ideal, claro, é que se consiga a adesão a esse *dever-ser* por meio de conscientização sobre a necessidade de se agir da forma correta, da efetividade das políticas de integridade pública com modificação do ambiente e da cultura institucional para um espaço de promoção de condutas éticas, probas, honestas. No entanto, sabe-se que, na prática, é quase impossível se alcançar essa realidade em sua completude e, mesmo que se avance neste sentido, esta mudança institucional leva tempo e demanda amadurecimento dos membros, dos processos de trabalho, dos

⁶⁹⁸ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE), **La integridad pública desde una perspectiva conductual - el factor humano como herramienta anticorrupción**, p. 18.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 10. O informe da OCDE destaca duas formas com que a aplicação das percepções de conduta pode contribuir para se conduzir novas e mais eficazes políticas de integridade: (i) a primeira delas é utilizar as evidências de conduta para repensar as políticas e os sistemas de integridade, já que o enfoque de conduta aborda alguns desafios relacionados às políticas anticorrupção tradicionais e, ao mesmo tempo, destaca a importância de se promover a confiança de uma cultura organizacional de integridade (por exemplo, adotar sistemas mais claros de responsabilização, já que estruturas que disseminam a responsabilidade entre diversos atores, também contribuem para diminuição da sensação de culpa); (ii) a segunda maneira diz respeito a intervenções específicas e limitadas para corrigir comportamentos desviantes, aperfeiçoar uma política ou fomentar uma conduta específica - tendo em mente conhecimentos como a forma como o ser humano geralmente age, as suas limitações cognitivas e as preferências sociais -, de forma a se dar um pequeno "empurrão" no sentido de auxiliar as pessoas a tomarem a melhor decisão (por exemplo, ter como padrão solicitar que cada membro da equipe, ao iniciar um novo projeto, preencha e assine uma declaração sobre a inexistência de conflitos de interesses).

procedimentos, de todo o entorno da organização, de forma que é essencial que o controle de conduta mantenha firme também seu viés repressivo, seja para reafirmar e solidificar os valores que pretende promover em termos de honestidade, probidade, moralidade, boa prestação do serviço público e ética, seja para servir de exemplo para os demais indivíduos, especialmente diante do achado comportamental citado *supra* de "contágio moral".

Esse viés repressivo do controle de conduta advém especialmente do exercício do poder disciplinar estatal, decorrente, como também já exposto, da caracterização da relação funcional como uma relação especial de poder⁷⁰⁰ (em que o Estado mantém posição de supremacia em relação ao servidor), da organização estatal hierárquica, e, em última instância, da tutela do interesse público como finalidade última da atividade estatal.

De fato, como indicado no capítulo anterior, a relação funcional é uma relação jurídico-administrativa caracterizada pela inserção duradoura e efetiva do servidor público na esfera organizativa da Administração (criando, pois, uma maior proximidade entre o Estado e o servidor); essa integração é qualificada, uma vez que, muito embora não promova uma ruptura com o seu entorno natural, o servidor público sente e percebe que, dentro da organização, vive-se conforme pautas de conduta diferenciadas, respirando-se certos poderes (como o hierárquico e o disciplinar, por exemplo), que embaraçam a independência e a criatividade do funcionário - não se desconhecem os direitos fundamentais e as liberdades, mas, em certa medida, funcionaliza-se o seu exercício para o que fim da organização administrativa se cumpra. Daí que é possível afirmar que o poder disciplinar advém não apenas da organização hierárquica, mas também, e principalmente, da caracterização da relação funcional como uma relação especial de sujeição, já que é por meio do poder disciplinar que o Estado acaba garantindo a efetiva integração do servidor à organização administrativa, uma vez que diante de uma quebra ou da inobservância daquelas pautas diferenciadas de conduta - referentes, em sua generalidade, à prática da atividade administrativa, ao exercício das atribuições funcionais⁷⁰¹ - ou o servidor é sancionado e volta a ser portar de acordo com elas ou, caso se entenda, por exemplo, que a gravidade da desobediência torna isso impossível, o servidor é desligado do serviço público. Noutras

⁷⁰⁰ Fábio Medina Osório (**Direito administrativo sancionador**, p. 105) assevera que as sanções disciplinares são manifestações do Direito Administrativo Sancionador e que "as medidas disciplinares encontram guarida em relações de especial sujeição, estatutárias ou não, onde o relator se reporta e se relaciona com o Estado numa dimensão peculiar e mais concentrada em sua intensidade. Daí a disciplina constituir um marco de hierarquia e subordinação vertical, no marco de um conjunto de valores ligados ao bom funcionamento interno das instituições e apreciação subjetiva de elementos conectados ao desempenho das atividades pelas figuras subordinadas."

⁷⁰¹ Calha trazer à baila a lição de Marcelo Caetano (**Do poder disciplinar no direito administrativo português**, p. 36): "Enquanto se atende somente ao interesse do serviço, permanece-se nos domínios do direito disciplinar; se porém houve mais que uma perturbação interna, se foram violadas as normas essenciais da instituição e se pôs em perigo a existência dela, a permanência do seu carácter, a finalidade da sua organização, verifica-se então um alarme esocial cuja reacção toma a forma de sanções penais".

palavras, é possível afirmar que a existência de regras disciplinares visa prevenir e, especialmente, reprimir irregularidades no âmbito do serviço público, preservando os valores e interesses superiores da coletividade confiados à Administração Pública.⁷⁰²

Dito isso, necessário analisar os elementos que compõem esse viés repressivo do controle de conduta - o regime disciplinar e o regime de censura ética.

1.2.1. O regime disciplinar

Na esteira da doutrina de Marcelo Caetano, é possível afirmar que em todos os grupos humanos formados para a realização de determinados fins é necessária a observância, pelos seus participantes, das normas de conduta voltadas à coesão e à eficiência do grupo. Essas normas formam a disciplina desse grupo e, como regras de conduta destinadas a regular as relações recíprocas entre os membros e garantir a realização dos objetivos do grupo, constituem-se na imposição de *deveres*, ou seja, de comportamentos positivos ou negativos que devem ser observados por todos os seus destinatários. Essa ideia, ínsita aos grupos humanos em geral, aplica-se também à atividade administrativa estatal: esta atividade tem uma finalidade própria - a tutela do interesse público -, que demanda, dentre outros, o desempenho regular das funções estatais, da atividade pública, finalidade esta que, para ser realizada de forma eficiente, exige a observância, em seu âmbito interno, de determinadas normas de comportamento pelos componentes desse grupo.⁷⁰³

O regime disciplinar da função pública pode ser conceituado, pois, como o conjunto de regras de conduta aplicáveis aos agentes públicos (especialmente, nesta análise, aos servidores públicos) *em sua atividade funcional*, englobando, pois: (i) parâmetros de conduta (deveres, proibições, responsabilidades, transgressões, garantias e recompensas⁷⁰⁴) cuja

⁷⁰² CARVALHO, Antônio Carlos de Alencar, **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância**, 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, *ebook*. Adiante, assevera o autor: "(...) o aspecto repressivo do direito administrativo disciplinar reflete o ideal do ordenamento jurídico de, mediante a previsão em lei de punições para condutas consideradas indesejáveis, proteger os valores fundamentais para o bom funcionamento da Administração Pública, assim como assegurar o respeito aos princípios constitucionais e legais que a regem."

⁷⁰³ CAETANO, **Princípios fundamentais do direito administrativo**, p. 386 a 389.

⁷⁰⁴ José Armando da Costa (**Direito administrativo disciplinar**, São Paulo: Gen : Método, 2009, p. 39) assevera que: "(...) o regime disciplinar não se compõe apenas de deveres, proibições, transgressões e penalidades, mas também de garantias, recursos e elogios. Embora assim o seja, a sistemática dispositiva de nossos estatutos nem sempre chega a revelar tal realidade, talvez por falta de uma boa técnica legislativa, e não por má-fé." Adiante (p. 52 e 53), o autor enfatiza esta mesma ideia: se o objetivo da aplicação do regime disciplinar e a manutenção e a garantia da regularidade e o aperfeiçoamento gradativo do serviço público, esta é a razão pela qual ele deve se constituir de punições e recompensas; "estas para reconhecerem os bons serviços prestados; aquelas para castigarem os faltosos. Ambas colimam o mesmo fim: a disciplina e a eficiência da administração pública." No mesmo sentido, Marcelo Caetano (**Princípios fundamentais do direito administrativo**, p. 388) aduz que: "O cumprimento normal e coerente dos deveres corresponde à rotina. Já o fato de alguém mostrar uma compreensão exemplar dos seus deveres, desempenhando com consciência os

observância, via de regra, é obrigatória e que, caso sejam afrontados, como dito, geram aplicação de sanção pelo Estado (podendo chegar, inclusive, ao desligamento do servidor da atividade pública); (ii) as regras processuais e procedimentais referentes às formas de apuração dessas irregularidades, às sanções cominadas, à forma de aplicação destas sanções, aos recursos cabíveis etc.⁷⁰⁵

Nesse ponto e considerando o recorte temático anteriormente feito com relação ao âmbito desta pesquisa, dirige-se a análise a partir das normas gerais que visam regular a conduta dos servidores públicos civis da Administração Pública Federal brasileira (pontuando, ainda, sempre que cabível, as eventuais aproximações com o regime português do trabalho em funções públicas, que serve de parâmetro para este estudo).

Além de haver algumas previsões constitucionais sobre o tema e temas correlatos (como a vedação de acumulação remunerada de cargos - artigo 37, XVI e XVII; a disciplina geral de sanção dos atos de improbidade administrativa - artigo 37, § 4º; a prescribibilidade dos ilícitos praticados por agentes públicos - artigo 37, § 5º; a regra da responsabilidade civil subjetiva dos agentes públicos e objetiva das pessoas jurídicas de direito público - artigo 37, § 6º; as restrições que devem ser estabelecidas ao servidor que tenha acesso a informações privilegiadas - artigo 37, § 7º; a obrigatoriedade de afastamento do cargo para exercício de mandato eletivo - artigo 38; e as hipóteses de perda do cargo público pelo servidor estável - artigo 41, §1º), o principal diploma legal regente do regime disciplinar destes agentes públicos é a Lei nº 8.112/90 - Estatuto do Servidor Público Civil da União⁷⁰⁶. O regime jurídico-disciplinar está tratado no seu Título IV, que se divide nos seguintes capítulos: (i) dos deveres; (ii) das proibições; (iii) da acumulação (remunerada de cargos); (iv) das responsabilidades; e (v) das penalidades. Em seguida, o Título V trata do processo administrativo disciplinar, trazendo à baila as regras processuais e procedimentais sobre as formas de investigação e de eventual sancionamento para os casos de não observância dos deveres e proibições por parte do servidor⁷⁰⁷. Passa-se a analisar brevemente esses aspectos.

deveres positivos e observando com escrupulo os negativos (proibições), pondo o seu empenho em fazer vingar e progredir os objetivos comuns e em melhorar os métodos de os alcançar é digno de *recompensa*."

⁷⁰⁵ Segue-se, neste ponto, a doutrina de Antônio Carlos Alencar Carvalho (**Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância**, ebook), que caracteriza o regime disciplinar tanto pelo seu aspecto material quanto pelo seu aspecto processual.

⁷⁰⁶ Importante ressaltar que, nos termos da doutrina de José Armando da Costa (**Direito administrativo disciplinar**, p. 34 e 35) o regime disciplinar pode ser classificado como: (i) comum, ou seja, aplicável a todos os servidores públicos da pessoa federativa; ou (ii) especial, ou seja, destinado a uma categoria singular de servidores. A Lei nº 8.112/90 trata do regime disciplinar comum. Como já exposto na delimitação do objeto deste trabalho, neste ponto trata-se das regras que são aplicáveis aos servidores civis da União.

⁷⁰⁷ Note-se que, diferente do que ocorre na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas portuguesa - Lei nº 35/2014, em que em uma mesma seção do título que trata do conteúdo do vínculo de emprego público são previstos os deveres do empregador público e os deveres e garantias do trabalhador, o diploma brasileiro reserva um título aos direitos e vantagens do servidor, especialmente os referentes

A lei nº 8.112/90 prevê como **deveres** gerais do servidor público (rol indicado no artigo 116, respectivamente, nos incisos I a XII): (i) exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo, (ii) ser leal às instituições que servir, (iii) observar as normas legais e regulamentares, (iv) cumprir as ordens superiores (exceto quando manifestamente ilegais), (v) atender com presteza ao público em geral, à expedição de certidões para defesa de direitos ou esclarecimento de situações de interesse pessoal e às requisições para a defesa da Fazenda; (vi) levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior, (vii) zelar pela economia do material e pela conservação do patrimônio público, (viii) guardar sigilo sobre assunto da repartição, (ix) manter conduta compatível com a moralidade administrativa, (x) ser assíduo e pontual, (xi) tratar com urbanidade as pessoas, (xii) representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder. Verifica-se que referidos deveres em muito se aproximam daqueles previstos na Lei portuguesa nº 35/2014 (Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas) - de fato, no diploma luso, além dos deveres gerais (também aplicáveis ao empregador público) de agir de boa-fé no cumprimento de suas obrigações e no exercício de seus direitos e de colaboração na obtenção da qualidade do serviço e da produtividade, na promoção humana, profissional e social do trabalhador (artigo 70º), são previstos ao trabalhador em funções públicas os deveres de prossecução do interesse público, de isenção, de imparcialidade, de informação, de zelo, de obediência, de lealdade, de correção, de assiduidade e de pontualidade bem como o dever de frequentar ações de formação e de aperfeiçoamento profissional na atividade em que exerce funções (artigo 73º).

Por outro lado, no âmbito brasileiro, a mesma Lei nº 8.112/90 traz as seguintes **proibições** gerais aos servidores (rol indicado no artigo 117, respectivamente nos incisos I a XIX, e no artigo 118): (i) de se ausentar do serviço sem anuência da chefia, (ii) de retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, documento ou objeto da repartição, (iii) de recusar fé a documentos públicos, (iv) de opor resistência injustificada ao andamento de documentos, processos ou à execução do serviço, (v) de promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição, (vi) de cometer a pessoa estranha à repartição o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado, (vii) de coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político; (viii) de manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil, (ix) de se valer do cargo para proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, (x) de participar de gerência ou administração de sociedade privada ou exercer o comércio (exceto

à forma de remuneração, às indenizações e vantagens remuneratórias, às férias, às licenças e aos afastamentos)

na qualidade de acionista, cotista ou comanditário), (xi) de atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, (xii) de receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições, (xiii) de aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro, (xiv) de praticar usura sob qualquer de suas formas; (xv) de proceder de forma desidiosa, (xvi) de utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares, (xvii) de cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa (exceto em situações de emergência e transitórias), (xviii) de exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho, (xix) de se recusar a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado, e (xx) de acumulação remunerada de cargos públicos (ressalvados os casos expressamente previstos na Constituição).

É cediço que, ao prever os deveres e as proibições aplicáveis à atuação dos servidores públicos bem como as respectivas sanções, a norma busca estabelecer quais são os bens ou os valores que devem ser protegidos no âmbito do exercício da atividade pública - a título exemplificativo, cite-se alguns bens e valores protegidos com fundamento na Lei nº 8.112/90: (i) a capacidade funcional da Administração⁷⁰⁸; (ii) a moralidade e a probidade administrativa⁷⁰⁹; (iii) a submissão à legalidade⁷¹⁰; (iv) o respeito à organização administrativa hierárquica⁷¹¹; (v) a lealdade para com a Administração e o Poder Público⁷¹²; (vi) o exercício do cargo de forma diligente e responsável⁷¹³; (vii) o bom atendimento ao público⁷¹⁴; (viii) a preservação do patrimônio público⁷¹⁵; (ix) a incomplacência com atos irregulares, ilícitos e ímprobos⁷¹⁶; (x) a impessoalidade⁷¹⁷; (xi) o dever de boa administração de forma geral e a tutela do interesse público (protegidos a partir da salvaguarda de todos os demais bens e valores citados). Tais bens e valores, inclusive, também muito se aproximam daqueles

⁷⁰⁸ Protegida pela lei ao estipular os deveres indicados no artigo 116, incisos I, III, IV, VII, VIII e X, XI e as proibições apontadas no artigo 117, incisos I, III, IV, IX, XV, XVI, XVIII.

⁷⁰⁹ Protegida pela lei ao estipular os deveres indicados no artigo 116, incisos II, VI, IX, XII e as proibições apontadas no artigo 117, incisos II, VII, IX, XI, XII, XIII, XVI.

⁷¹⁰ Protegida pela lei ao estipular os deveres indicados no artigo 116, incisos III, VI, XII e as proibições apontadas no artigo 117, incisos III, IV, VI.

⁷¹¹ Protegido pela lei ao estipular os deveres indicados no artigo 116, incisos II, III, IV, VI e as proibições apontadas no artigo 117, incisos I, II, VII, VIII, XVII, XIX.

⁷¹² Protegida pela lei ao estipular os deveres indicados no artigo 116, incisos I, II, IV, V, VI, VII, VIII, IX, XII e as proibições apontadas no artigo 117, incisos I, II, III, VI, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVIII.

⁷¹³ Protegido pela lei ao estipular os deveres indicados no artigo 116, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII) e as proibições apontadas no artigo 117, incisos I, II, III, IV, IX, X, XV, XVI, XVIII.

⁷¹⁴ Protegido pela lei ao estipular os deveres indicados no artigo 116, incisos V, X, XI e as proibições apontadas no artigo 117, incisos I, IV, XV.

⁷¹⁵ Protegida pela lei ao estipular os deveres indicados no artigo 116, incisos II, V, VII e as proibições apontadas no artigo 117, incisos II, IX, XVI.

⁷¹⁶ Protegida pela lei ao estipular os deveres indicados no artigo 116, incisos I, II, III, IV, VI, IX, XII e as proibições apontadas no artigo 117, incisos IV, IX, XI, XII, XIII, XVI.

⁷¹⁷ Protegida pela lei ao estipular os deveres indicados no artigo 116, incisos III, VIII, IX e as proibições apontadas no artigo 117, incisos V, VI, VII, VIII, X, XI, XII, XIII, XVIII.

protegidos no âmbito normativo português pelos deveres impostos aos trabalhadores em funções públicas pela Lei nº 35/74.⁷¹⁸

Caso o servidor não cumpra algum desses deveres ou desrespeite uma dessas proibições, comete uma *infração disciplinar*⁷¹⁹ - assim, para que um fato possa ser qualificado juridicamente como uma infração disciplinar é necessário que ele se consubstancie na violação de um dever ou na não observância de uma proibição. Daí se afirmar que a infração disciplinar é *atípica*, uma vez que tanto os deveres quanto as proibições são indicadas pela lei como um mero enunciado, sem determinar de forma precisa todos os comportamentos que ele abrange⁷²⁰. Comprovada a prática de infração disciplinar (após o devido processo administrativo), o servidor fica sujeito à punição administrativa disciplinar, que varia, a depender da natureza e da gravidade da infração cometida, dos danos que dela provierem para o serviço público, das circunstâncias agravantes ou atenuantes e dos antecedentes funcionais do servidor (nos termos do artigo 128 da Lei nº 8.112/90). No âmbito brasileiro, as principais sanções aplicáveis aos servidores transitam entre (artigo 127 a 137 da Lei nº 8.112/90): (i) *advertência*, penalidade mais branda, com anotação nos assentamentos funcionais do servidor, (ii) *suspensão*, punição que pode ser cominada por até 90 dias, caso

⁷¹⁸ De fato, estabelecendo um paralelo, parece possível afirmar, por exemplo, que seguintes os deveres previstos no artigo 73º da Lei nº 35/2014 protegem os bens ou valores indicados: (i) a capacidade funcional da Administração: os deveres de colaboração na obtenção da qualidade do serviço e da produtividade, de prossecução do interesse público, de isenção, de zelo, de obediência, de correção, de assiduidade e de pontualidade; (ii) a moralidade e a probidade administrativa: os deveres de agir de boa-fé, de prossecução do interesse público, de isenção, de imparcialidade, de informação, de lealdade; (iii) a submissão à legalidade: os deveres de de prossecução do interesse público, de zelo, de obediência; (iv) o respeito à organização administrativa hierárquica: os deveres de zelo, de obediência, de correção, de assiduidade e de pontualidade; (v) a lealdade para com a Administração e o Poder Público: os deveres de agir de boa-fé, de colaboração na obtenção da qualidade do serviço e da produtividade, de prossecução do interesse público, de isenção, de zelo, de obediência, de lealdade, de correção, de assiduidade e de pontualidade; (vi) o exercício do cargo de forma diligente e responsável: os deveres de de agir de boa-fé, de colaboração na obtenção da qualidade do serviço e da produtividade, de prossecução do interesse público, de isenção, de imparcialidade, de zelo, de obediência, de lealdade, de correção, de assiduidade e de pontualidade; (vii) o bom atendimento ao público: o dever de colaboração na obtenção da qualidade do serviço e da produtividade, de imparcialidade, de informação, de correção, de assiduidade e de pontualidade; (viii) a preservação do patrimônio público: os deveres de prossecução do interesse público, de lealdade; (ix) a incomplacência com atos irregulares, ilícitos e ímprobos: os deveres de prossecução do interesse público; de isenção, de lealdade; (x) a impessoalidade: os deveres de prossecução do interesse público, de isenção, de imparcialidade; (xi) o dever de boa administração de forma geral e a tutela do interesse público garantidos por todos os citados bens e valores protegidos e, de forma específica, pelo dever de prossecução do interesse público.

⁷¹⁹ Nas palavras de Marcelo Caetano (**Princípios fundamentais do direito administrativo**, p. 393), "chama-se infração disciplinar ao fato voluntário praticado pelo agente administrativo com violação de alguns dos deveres que nessa qualidade lhe caibam". Diferente do que ocorre no âmbito brasileiro, a Lei nº 35/2014 prevê o conceito de infração disciplinar, em seu artigo 183º: "Considera-se infração disciplinar o comportamento do trabalhador, por ação ou omissão, ainda que meramente culposos, que viole deveres gerais ou especiais inerentes à função que exerce."

⁷²⁰ *Ibid.*, p. 395 a 397. Segundo o autor, apenas em alguns casos a lei define as condições de existência da infração, criando então um tipo. E acrescenta: "os preceitos que referem fatos disciplinarmente puníveis são indicativos, meras normas de orientação para servirem de padrão ao intérprete".

em que o servidor ficará afastado do trabalho durante o período de apenação, sem recebimento de vantagens pecuniárias, e (iii) *demissão* (ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade), sanções que rompem definitivamente o vínculo do servidor com a Administração Pública.^{721 722} Diferente do que ocorre no âmbito português (artigo 180º), não há previsão de multa como sanção disciplinar principal, muito embora haja a possibilidade, em determinados casos, de a pena de suspensão ser convertida em multa⁷²³.

Além disso, a Lei nº 8.112/90 (assim como ocorre no diploma luso⁷²⁴) elenca, em seu artigo 132, as condutas que serão apenadas com demissão, indicando, assim, os bens e valores que lhe são mais caros, cuja proteção é máxima⁷²⁵. No entanto, em consonância com o que foi visto no tópico anterior (em especial, na pesquisa sobre a desonestidade de Dan Ariely), cabe destacar que o controle de conduta disciplinar deve se ocupar não apenas das infrações mais graves, mas também das pequenas transgressões, seja para evitar a escalada de desonestidade e deslocamento da bússola moral que elas podem fazer surgir na conduta do servidor que as pratica, seja em razão do efeito de "contágio moral" nos outros servidores.

⁷²¹ Além das citadas, o artigo 127 da Lei nº. 8.112/90 prevê ainda as sanções de destituição do cargo em comissão e a destituição da função comissionada.

⁷²² Ana Fernanda Neves (**O direito disciplinar da função pública - vol. I**, p. 544) lembra, inclusive, que "o regime disciplinar constitui uma importante dimensão da garantia da estabilidade do emprego. É correlativo ao carácter mais ou menos flexível do quadro jurídico da cessação da relação jurídica no emprego público: quanto maior a possibilidade de fazer cessar a relação jurídica de emprego menor tende a ser a importância do regime disciplinar."

⁷²³ De acordo com o artigo 130, § 2º da Lei nº 8.112/90, "quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço."

⁷²⁴ Na lei portuguesa, há inicialmente uma previsão abstrata no capítulo que trata do exercício do poder disciplinar: "as sanções de despedimento disciplinar ou de demissão são aplicáveis em caso de infração que inviabilize a manutenção do vínculo de emprego público nos termos previstos na presente lei" (artigo 187º). Adiante, entretanto, no capítulo que trata sobre a extinção do vínculo, há a indicação de um rol de infrações que inviabilizam a manutenção do vínculo (artigo 297º).

⁷²⁵ São elas: crime contra a administração pública; abandono de cargo; inassiduidade habitual; improbidade administrativa; incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; insubordinação grave em serviço; ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular (salvo em legítima defesa própria ou de outrem); aplicação irregular de dinheiros públicos; revelação de segredo do qual o servidor se apropriou em razão do cargo; lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; corrupção; acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; valimento do cargo para proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; participação de gerência ou administração de sociedade privada ou exercício do comércio (exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário); a de atuar, atuação como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas; recebimento de propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições; aceitação de comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro; prática de usura sob qualquer de suas formas; atuação desidiosa; e utilização de pessoal ou de recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares.

A responsabilidade administrativa (disciplinar ou funcional)⁷²⁶ dos servidores públicos é pessoal⁷²⁷, obrigacional⁷²⁸ e subjetiva⁷²⁹, ou seja, advém de atuação dolosa ou culposa, podendo decorrer de ato omissivo ou comissivo e ser cumulada com sanções civis e penais (artigo 121 a 126-A da Lei nº 8.112/90). Nos termos da doutrina de Luís Vasconcelos Abreu, neste ponto perfeitamente aplicável ao contexto brasileiro, o bem jurídico tutelado pelo regime disciplinar - a capacidade funcional da Administração⁷³⁰ (a que se acrescenta ao menos a boa administração e o interesse público) - não se incorpora em um objeto material, de forma que pode ser ofendido independentemente da produção de qualquer resultado danoso externo. De fato, é a violação dos deveres que dá forma à infração disciplinar, independentemente da produção de um resultado prejudicial de caráter externo pela conduta do agente. Por essa

⁷²⁶ Embora se utilize, neste estudo, os termos como sinônimos, existem autores, como Edmir Netto de Araújo (**O ilícito administrativo e seu processo**, São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 55 e 56) que os diferenciam (considerando ambos como componentes da responsabilidade administrativa): (i) a responsabilidade disciplinar propriamente dita ocorre quando a falta praticada for concernente à relação hierárquica; (ii) já a responsabilidade funcional se faz presente quando a falta puder ser capitulada como um ilícito administrativo nas normas legais ou regulamentares, mas nada tendo a ver com a relação hierárquica entre subordinante e subordinado.

⁷²⁷ Como expõe Sandro Lúcio Dezan (**Fundamentos de direito administrativo disciplinar**, 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 323), "somente o servidor público acusado de ser o autor da conduta ilícita no âmbito administrativo pode ser punível, seguindo o modelo estatutário, mormente pelo fato de ser a qualidade de 'servidor público regular' condição para a imputabilidade".

⁷²⁸ Conforme doutrina de Ana Fernanda Neves (**O direito disciplinar da função pública - vol. I**, p. 542), é obrigacional pois se assenta na violação dos deveres e obrigações da relação funcional.

⁷²⁹ Nas palavras de Marcelo Caetano (**Princípios fundamentais do direito administrativo**, p. 394): "A infração disciplinar existe independentemente do resultado perturbador do serviço e, portanto, basta à sua produção que o agente tenha procedido consciente e livremente ao praticar a ação ou ao cometer a omissão: é suficiente a mera culpa, sem necessidade de intenção. (...) Só nos casos em que a própria natureza da infração o exija ou a lei preveja é que a intenção constitui elemento essencial do ato." Fábio Lucas de Albuquerque Lima (**Elementos de direito administrativo disciplinar: conforme a Lei Federal n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com as alterações da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011**, Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 108) expõe que: "Ao tratar das responsabilidades, o *Estatuto* expressou textualmente a prevalência da teoria da responsabilidade subjetiva, amplamente dominante no direito pátrio, consignando que a responsabilidade decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposos, que resulte em transgressão a uma norma de conduta administrativa." Ana Fernanda Neves (**O direito disciplinar da função pública - vol. I**, p. 50), no mesmo sentido (embora escreva tendo em conta o ordenamento português - conclusões perfeitamente aplicáveis ao âmbito brasileiro), assevera que a imputação subjetiva da conduta constitui um pressuposto da punição, especialmente porque, no direito disciplinar, a relevância da culpa se justifica: (i) no fato de que o arguido não pode alegar falta de conhecimento das regras de disciplina a que se encontra sujeito, (ii) no fato de que a forma ampla como os tipos são construídos desatende, com frequência à distinção entre dolo e culpa e (iii) no fato de que a responsabilidade resta excluída quando o trabalhador seja inimputável ou se constate a ocorrência de força maior ou quando não tenha absolutamente querido praticar a ação punível.

⁷³⁰ ABREU, Luís Vasconcelos, **Para o estudo do procedimento disciplinar no direito administrativo português vigente: as relações com o processo penal**, Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 32. Nas palavras do autor: "sem que com isso se pretenda afirmar uma indiferenciação dos diferentes deveres a que os agentes administrativos se encontram adstritos (...), o bem jurídico tutelado é a capacidade funcional da Administração pública e não apenas a chamada legalidade administrativa, como o comprova o catálogo de deveres (...) que obriga bem mais que ao mero cumprimento da lei."

razão, diz-se que a infração disciplinar é formal (pode ser praticada por ação ou omissão)⁷³¹, da mesma forma que a autoria se define pela titularidade do dever jurídico infringido (conceito unitário de autor - não se aplicando aqui, portanto, as figuras de tentativa, participação e autoria do Direito Penal). Como assevera Vasconcelos Abreu, saber se uma pessoa pode ou não continuar como um servidor público depende mais do seu comportamento (avaliação que deve se basear em fatos, não arbitrária) do que das consequências das suas ações; como uma relação de trabalho subordinado, a relação funcional se assenta em elementos pessoais, baseando-se, pois, na relação de confiança entre as partes, de forma que os deveres acessórios adquirem um valor reforçado (daí existirem determinadas violações de deveres que podem colocar em xeque essa confiança, mesmo sem produzir qualquer resultado negativo).⁷³²

Para ser efetivada, a responsabilidade disciplinar depende da instauração de processo administrativo que observe o devido processo legal - ou seja, nos termos do ordenamento jurídico brasileiro, a instauração de um processo administrativo em que se assegure ao acusado as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, a possibilidade de produzir provas e, com isso, tentar influenciar na decisão da autoridade julgadora (artigo 5º, LV da Constituição)⁷³³. Além disso, referido processo deve ser conduzido por comissão formada por servidores públicos estáveis, à qual são garantidas a independência na instrução do feito e a imparcialidade na condução do processo e na análise dos elementos coletados (artigo 150, *caput* da Lei nº 8.112/90). Trata-se, pois, de procedimento bastante aproximado ao da legislação portuguesa, com a diferença de que lá nomeia-se um instrutor para o processo (e não uma comissão), de acordo com o artigo 208º da Lei nº 35/2014.⁷³⁴

Como adiantado, a Lei nº. 8.112/90 se ocupa especificamente do processo administrativo disciplinar em seu Título V. A regra legal que inaugura o tratamento do tema diz respeito à obrigatoriedade de a autoridade que tiver ciência da prática de irregularidade

⁷³¹ COSTA, **Direito administrativo disciplinar**, p. 195. Mas o autor acrescenta que, embora via de regra o ilícito disciplinar seja formal (bastando apenas que haja o risco de que tal dano possa ser produzido), pode o regulamento eventualmente exigir que o dano (o resultado) integre a infração disciplinar, caso em que o ilícito perde a natureza formal e passa para a categoria de ilícito de dano.

⁷³² ABREU, **Para o estudo do procedimento disciplinar no direito administrativo português vigente**, p. 25 a 32.

⁷³³ Note-se que, no âmbito português, embora a Lei nº 35/2014 preveja, como regra geral, a obrigatoriedade do processo disciplinar (artigo 194º), traz uma exceção: a sanção disciplinar de repreensão escrita pode ser aplicada sem dependência de processo, desde que se promova antes audiência do trabalhador e se lhe permita apresentação de defesa.

⁷³⁴ Também ali se exige especial qualificação do instrutor: que seja titular de cargo ou de carreira ou categoria de complexidade funcional superior à do trabalhador ou, quando impossível, com antiguidade superior no mesmo cargo ou em carreira ou categoria de complexidade funcional idêntica ou no exercício de funções públicas, preferindo os que possuam adequada formação jurídica.

no serviço público promover a sua apuração imediata⁷³⁵, assegurando-se ao acusado ampla defesa (artigo 143). Ou seja, como já exposto quando se tratou do poder disciplinar, a apuração da notícia da infração disciplinar é um *poder-dever* da autoridade hierárquica⁷³⁶ (e não uma faculdade), que inclui a apreciação do fato irregular, a fixação dos limites da responsabilidade e, se for o caso, a imposição e a execução da sanção⁷³⁷. Ressalte-se que para reforçar esse *munus* o artigo 116 prevê como deveres do servidor levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior (inciso VI) e representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder (inciso XII); ademais, sendo um poder-dever da autoridade, caso ela se omita em seu cumprimento, estará sujeita às consequências jurídicas de sua inação⁷³⁸. Ressalte-se que, no âmbito português, a Lei nº 35/2014 prevê expressamente que aos titulares de cargo dirigente que "não procedam disciplinarmente contra os trabalhadores seus subordinados pelas infrações de que tenham conhecimento" se aplica a penalidade de cessação de comissão de serviço (artigo 188º, nº 1, a); por outro lado, a previsão sobre a cientificação de falta funcional à autoridade superior não é feita na forma de dever (no artigo 206, nº 1, usa-se o verbo "poder" - que indica faculdade - em uma previsão geral aplicável a "todos"): "todos os que tenham

⁷³⁵ Como adverte Léo da Silva Alves (**Estudos de direito disciplinar**, São Paulo: Livro novo, 2011, p. 52 a 54), muito embora o texto do artigo 143 da Lei nº 8.112/90 preveja a obrigatoriedade de apuração imediata por meio de sindicância ou de processo administrativo disciplinar, é cediço que a interpretação literal do preceito legal não esgota o raciocínio jurídico referente ao poder-dever de apurar, não excluindo, portanto, outras formas de apuração administrativa: "Por conta dessa construção jurídica, as figuras da sindicância e do processo administrativo disciplinar entraram para a rotina do serviço público. Todavia, são expedientes que precisam ser reexaminados, no mínimo, em nível de uma interpretação eficaz. O direito é dinâmico. Um mesmo dispositivo legal recebe interpretações diferentes no curso do tempo para que se ajuste à realidade e às necessidades de ordem social. Por conseguinte, as figuras da sindicância e do processo disciplinar não podem ser vistas como instrumentos únicos, exclusivos, herméticos. São meios que o legislador colocou para o administrador público sem eliminar outras possibilidades de recompor a ordem administrativa."

⁷³⁶ Vale destacar que no Brasil existe alguma discussão sobre quando exatamente surge o dever de agir inculcado no artigo 143; esta doutoranda já teve oportunidade de escrever sobre o tema - GONTIJO, **A primeira fase do exercício do poder disciplinar, à luz da Lei nº 8.112/90**, p. 39 a 46 - tendo concluído que para que tal dever se torne exigível não é suficiente o conhecimento da notícia dos fatos por qualquer autoridade da hierarquia administrativa, sendo necessária a ciência da autoridade que tem competência para a instauração do procedimento administrativo disciplinar, especialmente porque é apenas a partir desse momento que começa a ser contado o prazo fatal prescricional para que se conclua a atuação investigativo-punitiva.

⁷³⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, **Processo administrativo disciplinar**, São Paulo: Saraiva, 2013, *ebook*.

⁷³⁸ GONTIJO, **A primeira fase do exercício do poder disciplinar, à luz da Lei nº 8.112/90**, p. 74 a 76. De fato, a omissão da autoridade quanto à apuração da notícia de fatos irregulares e à responsabilização dos servidores faltosos pode, por exemplo, subsumir-se ao tipo penal de condescendência criminosa, previsto no artigo 320 do Código Penal brasileiro ("deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente") ou configurar ato de improbidade administrativa nos termos do artigo 11, inciso II 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: "retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício."

conhecimento de que um trabalhador praticou infração disciplinar podem participá-la a qualquer superior hierárquico daquele".

Tomando, pois, ciência da notícia de prática de infração disciplinar, caberá à autoridade, de acordo com o regramento brasileiro, tomar uma das seguintes medidas: (i) instaurar prontamente um processo investigativo-punitivo; (ii) determinar a realização de um procedimento investigativo prévio para coletar mais elementos para embasar sua decisão conclusiva; ou (iii) arquivar o processo. Isso porque, como é intuitivo, nem todas as notícias de infração funcional levarão à instauração de um processo disciplinar com o intuito punitivo - a autoridade deverá analisar os elementos que lhe foram apresentados com a notícia da suposta irregularidade e tomar uma das atitudes descritas, a partir dos dados fáticos e probatórios de que dispuser. Assim, a reação da autoridade à notícia de fato irregular não é discricionária - já que se trata de um *poder-dever* -, devendo se nortear pelos elementos concretos apresentados. Essa análise prévia visa averiguar a existência ou não de indícios de autoria e de materialidade da prática de infração funcional - elementos indispensáveis à instauração de processo disciplinar investigativo-punitivo⁷³⁹ -, ou seja, diz respeito ao *juízo de admissibilidade* da notícia de infração funcional. Em sentido semelhante, o artigo 207º da Lei portuguesa nº 35/2014 prevê que assim que receber a notícia de infração funcional, a entidade competente para instaurar o procedimento disciplinar deve decidir se a ele deve ou não haver lugar - no primeiro caso, deve instaurar o procedimento, no segundo, mandar arquivar a participação ou queixa.

É extremamente importante que o juízo de admissibilidade seja feito de forma criteriosa, pois a máquina estatal só deve ser movimentada para iniciar a apuração se a notícia de infração funcional for minimamente consistente, contiver um mínimo de substrato indicativo da sua verossimilhança. Isso porque existe todo um custo administrativo (além de todo o custo financeiro envolvido, o custo de tempo da atividade dos servidores destacados para essa função) de se colocar em movimento a atividade pública de investigação disciplinar. E, além disso, é preciso ter em mente que há ainda um outro custo - muitas vezes altíssimo - que recai sobre o servidor público alvo da investigação disciplinar, que consiste na situação de insegurança, de certo constrangimento e sentimento de desonra por estar respondendo a um processo administrativo disciplinar⁷⁴⁰, além, claro, de poder implicar restrições concretas

⁷³⁹ Como destaca a Controladoria-Geral da União (**Manual de processo administrativo disciplinar**, Brasília, 2019, p. 44): "a notícia de irregularidade deverá estar revestida de plausibilidade, ou seja, conter o mínimo de elementos indicadores da ocorrência concreta de um ilícito (materialidade) e se possível os indícios de autoria, de modo que notícias vagas podem ensejar o arquivamento sumário da denúncia, eis que não se afigura razoável movimentar a máquina estatal, por demais dispendiosa, para apurar notícia abstrata e genérica, em cujo teor não se encontram requisitos mínimos de plausibilidade."

⁷⁴⁰ A prática jurídica de cerca de uma década atuando na matéria demonstra que esse sentimento acomete especialmente os servidores públicos mais corretos que, por uma falha momentânea ou um

aos direitos do servidor investigado (como a necessidade de comunicar férias à comissão processante, a impossibilidade de ser deferida alguma vantagem administrativa - por exemplo, o custeio da participação em cursos ou atividades de capacitação ou mesmo a autorização para participar de missão ou realizar estudos no exterior - e mesmo o empecilho para que seja concedida aposentadoria enquanto não finalizada a apuração disciplinar).⁷⁴¹

Desta forma, tomando ciência da notícia de infração funcional, a autoridade deve analisar seus elementos quanto à existência de indícios de autoria e de materialidade da infração disciplinar, ou seja, se há *justa causa*⁷⁴² para a instauração de processo disciplinar investigativo-punitivo⁷⁴³ - via de regra, caso a resposta seja positiva, deverá promover a instauração do referido processo; caso seja negativa, deverá promover o arquivamento do procedimento administrativo.⁷⁴⁴ Em ambos os casos, a decisão da autoridade (de instauração do processo administrativo disciplinar ou de arquivamento) deve ser fundamentada, pois finaliza o juízo de admissibilidade da notícia de infração funcional.

No entanto, como adiantado, existe ainda no ordenamento jurídico brasileiro uma outra possibilidade, que ocorre quando, após a análise inicial dos fatos, a autoridade verifica que, para concluir seu juízo de admissibilidade, necessita de mais elementos de informação. Nesse caso, poderá determinar a instauração de um procedimento investigativo prévio, que pode se constituir em uma investigação preliminar sumária (IPS)⁷⁴⁵ ou em uma sindicância

lapso em sua bússola moral, acabam respondendo administrativamente em função da desobediência de algum dever funcional ou da inobservância de alguma proibição.

⁷⁴¹ Vale ressaltar que a Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), recentemente promulgada no Brasil, prevê como crime a instauração (ou a requisição de instauração) de procedimento investigatório de infração administrativa em desfavor de alguém à falta de qualquer indício da prática de ilícito funcional ou de infração administrativa (artigo 27 - no entanto, o parágrafo único do referido artigo prevê que "não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.") bem como dar início ou proceder à persecução administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente (artigo 30).

⁷⁴² Mauro Roberto Gomes de Mattos (**Lei nº 8.112/90 interpretada e comentada**, Niterói: Impetus, 2012, p. 959).

⁷⁴³ Nos termos da Instrução Normativa da Controladoria-Geral da União nº 14, de 14 de novembro de 2018 (que regulamenta a atividade correccional no sistema de correição do Poder Executivo Federal), "o juízo de admissibilidade é ato administrativo por meio do qual a autoridade competente decide, de forma fundamentada, pelo arquivamento ou instauração de procedimento correccional" (artigo 9º)

⁷⁴⁴ Ressalte-se, ainda, a possibilidade de se propor a realização de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, nos termos, por exemplo, da Instrução Normativa da Controladoria-Geral da União nº 2, de 30 de maio de 2017 e do artigo 10, § 5º da Instrução Normativa da Controladoria-Geral da União nº 14, de 14 de novembro de 2018. O TAC poderá ser celebrado nos casos em que forem constatados indícios de autoria e de materialidade de infração funcional de menor potencial ofensivo; por meio deste instrumento, o agente público assume a responsabilidade pela irregularidade a que deu causa e se compromete a observar os deveres e as proibições previstos na legislação vigente. Em razão, entretanto, dos limites e do objetivo desta pesquisa, não se aprofundará mais na análise detalhada das hipóteses e das consequências de celebração de TAC no âmbito disciplinar.

⁷⁴⁵ Esta é a nomenclatura adotada na Instrução Normativa da Corregedoria-Geral da União nº 8, de 19 de março de 2020 (a Corregedoria-Geral da União é um dos órgãos da Controladoria-Geral da União - CGU). No entanto, não é uma terminologia utilizada de forma unânime no âmbito disciplinar brasileiro - por exemplo, no âmbito da Divisão de Assuntos Disciplinares da Procuradoria-Geral Federal, o procedimento semelhante é denominado instrução preliminar, nos termos da Portaria PGF nº

investigativa⁷⁴⁶. Ambos são procedimentos administrativos de caráter preparatório, cujo objetivo é coletar elementos de informação para subsidiar o juízo de admissibilidade, prescindindo, *a priori*, da observância da ampla defesa e do contraditório, e dos quais, por consequência, não pode resultar aplicação de penalidade - diferenciam-se porque: (i) a IPS é informal e de acesso restrito, sendo processada diretamente pela unidade de correição, com prazo máximo de finalização de 180 (cento e oitenta) dias⁷⁴⁷; (ii) a sindicância investigativa⁷⁴⁸, por sua vez, pode ser conduzida por um único servidor efetivo ou por

400/2011; já na Corregedoria-Geral da Advocacia da União, é chamada verificação correicional preliminar, nos termos da Portaria CGAU nº 46/2017 e da Portaria CGAU nº 523/2019.

⁷⁴⁶ Quanto ao ponto, esta doutoranda pede venia para citar anterior manifestação sobre o tema (GONTIJO, **A primeira fase do exercício do poder disciplinar, à luz da Lei nº 8.112/90**, p. 79): "Sobre a imediatividade da reação estatal, a Controladoria-Geral da União adverte que não se pode confundir apuração imediata com apuração precipitada. De fato, não é incomum que a notícia de infração disciplinar, embora plausível, não se faça acompanhar por elementos capazes de conferir, por si só, segurança à autoridade titular do poder disciplinar quanto à existência de indícios suficientes de autoria e materialidade a ensejar a determinação, desde logo, da apuração dos fatos por procedimento investigativo-punitivo (processo administrativo disciplinar ou sindicância, que se revestem de maior rigor formal) e nem, por outro lado, quanto à inexistência daqueles elementos, o que poderia levar ao arquivamento da denúncia. Nesses casos nebulosos, o melhor caminho é, antes de se prolatar decisão definitiva num ou noutro sentido, decidir-se por uma apuração prévia da irregularidade relatada, com menor rigor formal, para se buscar elementos que possam embasar a conclusão. Acompanhando-se o entendimento exposto pela Controladoria-Geral da União, entende-se que a determinação de uma averiguação prévia dos fatos irregulares denunciados – com menor formalidade, mas com observância de um procedimento, no intuito de se verificar a efetiva ocorrência de elementos concretos que indiquem a necessidade de instauração de procedimento punitivo – atende o comando extraído do artigo 143 concernente ao poder-dever de apurar de forma imediata, por meio de um instrumento procedimental. Como destacado por Léo da Silva Alves, a interpretação da regra deve ser realizada da forma mais eficaz, não sendo possível se concluir que apenas com a instauração de procedimento investigativo-punitivo (processo administrativo disciplinar ou sindicância punitiva) haverá a concretização da reação procedimental imediata que a norma requer. De fato, acredita-se que admitir que essa reação imediata também ocorre quando se determina, inicialmente, a investigação dos fatos por meio de procedimentos investigativos prévios equivale a interpretar a norma à luz dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da economicidade e da segurança jurídica – se, por um lado, garante-se que o administrador não se manterá inerte, por outro, salvaguarda-se, nesse primeiro momento, o próprio servidor, evitando-se a instauração de procedimentos investigativos-punitivos de forma precipitada, sem a segura demonstração da existência de indícios de autoria e de materialidade da infração funcional que indiquem que a irregularidade deva ser investigada pela Administração."

⁷⁴⁷ Nos termos como foi regulamentado pela Corregedoria-Geral da União (órgão da Controladoria-Geral da União) por meio da Instrução Normativa nº 08, de 19 de março de 2020.

⁷⁴⁸ Sobre a diferenciação entre sindicância investigativa e sindicância punitiva ou acusatória, já tivemos oportunidade de escrever (GONTIJO, **A primeira fase do exercício do poder disciplinar, à luz da Lei nº 8.112/90**, p. 84): "À partida, é necessário esclarecer que, embora a Lei nº 8.112/90 não preveja essa diferenciação, a doutrina e a jurisprudência assentaram a existência de duas espécies de sindicância: (i) a sindicância investigativa, procedimento investigativo prévio, para os casos em que a notícia de infração funcional que chegou à ciência da autoridade competente, embora plausível, não traga consigo elementos indicativos suficientes da existência de indícios de autoria e de materialidade da irregularidade narrada (caso em que a autoridade deve instaurar procedimento de investigação para fundamentar o juízo conclusivo de admissibilidade); e (ii) a sindicância punitiva, procedimento disciplinar investigativo-punitivo, que visa apuração completa dos fatos e à eventual aplicação de penalidade disciplinar. Portanto, ao contrário da sindicância punitiva, a sindicância investigativa se presta apenas à colheita de elementos probatórios prévios, não encerra acusação e, logo, prescinde de defesa e não admite a aplicação de sanção." No mesmo sentido, Nelson Nery Costa (COSTA, Nelson Nery, **Processo administrativo e suas espécies**, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 177) disserta sobre a sindicância investigativa: "A sindicância não se confunde com processo disciplinar e,

comissão composta por dois ou mais servidores efetivos, é um procedimento formal, cujo prazo de conclusão é de 60 (sessenta) dias, prorrogável uma vez por igual período (sendo ainda possível a recondução da comissão após o encerramento do prazo de prorrogação quando necessário à conclusão dos trabalhos)⁷⁴⁹. Cite-se, ainda, a existência de uma espécie de sindicância investigativa específica - denominada *sindicância patrimonial* -, com requisitos próprios, destinada a apurar indícios de enriquecimento ilícito, inclusive evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do servidor⁷⁵⁰.

Em todos os casos, com o procedimento investigativo prévio abre-se a possibilidade de instrução probatória, podendo ser utilizados, *a priori*, quaisquer meios de prova admitidos em lei e que se mostrem necessários à elucidação dos fatos. Tal procedimento deverá ser finalizado com uma manifestação do(s) responsável(is) pelo seu processamento acerca da

se ocorrer um paralelo entre o âmbito penal e esfera administrativa, pode-se dizer que a sindicância está para o processo disciplinar do mesmo modo que o inquérito policial encontra-se para o processo penal. Não obstante, existe sindicância sem processo, como também processo sem sindicância. Na primeira hipótese, a denúncia foi arquivada porque nada se apurou de positivo contra quem quer que seja; já na segunda, tendo em vista a gravidade da falta e os fortes indícios de autoria, a Administração parte logo para o processo disciplinar."

⁷⁴⁹ Nos termos como foi regulamentado pela Controladoria-Geral da União, por meio da Instrução Normativa nº 14, de 14 de novembro de 2018, artigo 19 a 22. Sandro Lúcio Dezan (**Fundamentos de direito administrativo disciplinar**, p. 382) destaca que a sindicância investigativa independe da existência (ou da identificação) do servidor acusado - daí ser possível classificá-la como "inquisitorial", quando não constar, na notícia da infração, por desconhecimento de todos os contornos dos fatos apurados, a indicação dos autores da suposta materialidade. Dessa forma, a sindicância serve para o início de uma apuração, em face da comunicação de fatos ainda não concretamente definidos, no que se refere à autoria e/ou ao delineamento da materialidade. Relembra o autor que como se trata de um procedimento sem acusado, não há que se falar em contraditório e ampla defesa e, por consequência, dele não pode resultar aplicação de pena. Elomar Lobato Bahia (**Sindicância investigativa federal no direito brasileiro: uma introdução crítica**, Brasília: Kiron, 2012, p. 31) disserta sobre o valor da sindicância investigativa: "A sindicância é, pois, um instrumento de cautela e, por assumir, geralmente, um caráter sigiloso, não constrange tanto. Em virtude de abarcar um certo grau de informalidade, possibilita rápida apuração enquanto os fatos ainda estão "quentes", de maneira que impede que sejam a eles dadas novas versões." Já Vinícius de Carvalho Madeira (**Lições de processo disciplinar**, Brasília: Fortium, 2008, p. 70 e 71) defende que só devem ser abertas sindicâncias em casos muito graves, rumorosos e somente se não houver, a princípio, indícios de quem seria o autor da irregularidade - isso porque, lembra o autor que a instauração de sindicância investigativa demanda custos de tempo, de pessoal e de dinheiro, além de não interromper o prazo prescricional para a Administração investigar o ilícito. Nas palavras do autor. No entanto, vale destacar que as últimas regulamentações sobre o tema da lavra da Controladoria-Geral da União - especialmente ao admitir que a sindicância investigativa seja conduzida por um único servidor, sem necessidade de publicação de sua instauração - muito aproximou os institutos da sindicância e da investigação preliminar sumária - veja-se, sobre o tema: GONTIJO, Danielly Cristina Araújo; DENYS, Debora Vasti da Silva do Bomfim, *Investigação preliminar sumária no Poder executivo Federal: fim da sindicância investigativa?*, in: BARATA, Ana Maria Rodrigues; GONTIJO, Danielly Cristina Araújo; PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Orgs.), **Direito administrativo sancionador disciplinar**, Rio de Janeiro: Editora CEEJ, 2021.

⁷⁵⁰ Conforme os termos do Decreto nº 5.483, de 30 de junho de 2005 e na forma como foi regulamentado pela Controladoria-Geral da União, por meio da Instrução Normativa nº 14, de 14 de novembro de 2018, artigo 23 a 29. Sobre a sindicância patrimonial, Sandro Lúcio Dezan (**Fundamentos de direito administrativo disciplinar**, p. 387) disserta: "Sendo não punitiva, possui natureza jurídica de sindicância investigativa em sentido amplo, conectiva de eventual processo administrativo disciplinar, ou seja: constatada a falta do agente em ensejadora de enriquecimento ilícito em razão do cargo ou função pública, deve a administração instaurar o procedimento contraditório, para se levar a efeito a aplicação da sanção disciplinar."

coleta ou não de elementos que indiquem a existência de indícios de autoria e de materialidade de infração funcional. Com base nestas conclusões, a autoridade, então, decidirá, via de regra, pelo arquivamento do feito ou pela instauração de procedimento acusatório, finalizando de forma definitiva o juízo de admissibilidade da notícia de irregularidade. No entanto, calha lembrar que, como já exposto, a instauração do procedimento acusatório não está condicionada à existência de procedimento investigativo prévio - caso a notícia de infração funcional tenha se feito acompanhar de elementos suficientes para demonstrar que há indícios de autoria e de materialidade (*justa causa*), o processo administrativo disciplinar ou a sindicância punitiva podem ser instaurados de pronto pela autoridade competente.

Considerando o recorte temático desta pesquisa, os procedimentos acusatórios podem consistir em sindicância acusatória ou em processo administrativo disciplinar. A sindicância acusatória é um procedimento formal, voltado a apurar a responsabilidade do servidor por infração disciplinar de menor gravidade, dela podendo resultar a aplicação das penalidades de advertência ou de suspensão de até 30 (trinta) dias. Considerando a possibilidade de aplicação de sanção ao final do procedimento, é imprescindível que se observe o contraditório e a ampla defesa em seu processamento e todas as demais garantias do devido processo legal, criando-se condições de participação efetiva do acusado no procedimento e lhe possibilitando a atuação processual apta a tentar influenciar a decisão da autoridade julgadora. A sindicância acusatória é instaurada pela autoridade hierárquica competente, devendo ser conduzida por comissão por ela designada, composta por pelo menos dois servidores estáveis e ser finalizada em 30 (trinta dias), permitida uma prorrogação do prazo por igual período (admitindo-se, no entanto, a recondução da comissão quando necessário à conclusão dos trabalhos) - nos demais aspectos, regra geral, aplica-se-lhe, no que for cabível, as normas referentes ao processo administrativo disciplinar.⁷⁵¹

O processo administrativo disciplinar, por sua vez, é o instrumento destinado a apurar a responsabilidade do servidor por infração disciplinar praticada no exercício de suas funções ou que guarde relação com seu cargo⁷⁵². É instaurado pela autoridade hierárquica competente e deve ser conduzido por uma comissão composta por três servidores estáveis, a qual exercerá suas atividades com independência e imparcialidade - os trabalhos da comissão devem ser finalizados em 60 (sessenta dias), permitida uma prorrogação do

⁷⁵¹ Nesse sentido, as regras previstas no artigo 143, caput, artigo 145, I e II, artigo 146 da Lei nº 8.112/90 e nos artigos 30 e 31 da Instrução Normativa nº 14, de 14 de novembro de 2018.

⁷⁵² Segundo Reinaldo Couto (**Curso prático de processo administrativo disciplinar e sindicância**, São Paulo: Atlas S.A., 2014, p. 140): "Não há dúvida de que é uma garantia do servidor público a instauração de Processo Administrativo Disciplinar para apuração das suas faltas mais graves, a fim de que lhe seja outorgado, através de um rito mais complexo, maior feixe de garantias de que será cientificado de todos os atos relevantes, de que poderá produzir a prova que lhe for útil e de que poderá apresentar todos os seus argumentos de defesa e recursos."

prazo por igual período (admitindo-se, ainda, a recondução da comissão quando necessário à conclusão dos trabalhos). Da mesma forma, também no processo administrativo disciplinar é imprescindível que se observe as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sob pena de nulidade do feito.

O processo administrativo disciplinar se divide em três fases: (i) instauração, que ocorre com a publicação do ato que constitui a comissão; (ii) inquérito administrativo, fase de instrução processual e análise dos elementos coletados, em que a comissão processante: (ii.a) produzirá as provas cabíveis para elucidar o fato (sendo possível, ainda, a utilização de *prova emprestada*⁷⁵³), inclusive o interrogatório do acusado, (ii.b) caso seja tipificada uma infração disciplinar, promoverá a indicição do servidor, especificando os fatos a ele imputados e as respectivas provas; (ii.c) concederá prazo ao acusado para apresentação de defesa escrita; (ii.d) apreciará a defesa escrita e elaborará o relatório final, com um resumo das principais peças dos autos, a indicação das provas em que se baseou para formar sua convicção e uma análise conclusiva quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor (neste último caso, indicando-se, inclusive as circunstâncias agravantes ou atenuantes) e (iii) julgamento⁷⁵⁴, fase de análise do processo pela autoridade julgadora competente.⁷⁵⁵

Noutras palavras, como já exposto, os processos disciplinares de cunho investigativo-punitivo seguem procedimento que assegura as garantias constitucionais do devido processo legal, da participação processual, da ampla defesa, do contraditório; ou seja, impõe-se ao Estado o dever de conceder ao servidor o conhecimento das imputações que lhe são dirigidas, de apresentar suas razões, de produzir as provas que entenda efetivas para amparar seus argumentos, de intervir nos atos instrutórios e de buscar influenciar a decisão da autoridade julgadora, além, é claro, da obrigação de observar o rito processual previsto na lei. Tudo isso visa salvaguardar os direitos do servidor investigado no âmbito disciplinar e evitar ao máximo o arbítrio e a injustiça no exercício do poder de punir administrativo-estatal.⁷⁵⁶

⁷⁵³ De fato, a comissão poderá se valer de provas produzidas em esferas ou procedimentos diferentes, com a participação do acusado, submetendo-as novamente ao crivo do contraditório (o que também se aplica na sindicância punitiva).

⁷⁵⁴ Nas palavras de Nelson Nery Costa (**Processo administrativo e suas espécies**, p. 180): "O julgamento, também chamado de decisão ou sentença administrativa, vem a ser o pronunciamento da autoridade competente, apontando as irregularidades havidas e quem foi o autor das mesmas, no caso em que é fixada a sanção do acusado. Se outra for a conclusão, deve ocorrer a absolvição. No julgamento, a autoridade competente necessita fundamentar sua decisão com motivação própria ou adotando os argumentos contidos no relatório. Pode, assim, haver discordância do julgamento com o relatório, desde que haja a fundamentação devida, sob pena de nulidade da punição aplicada."

⁷⁵⁵ Rápido resumo do procedimento indicado nos artigos 148 a 173 da Lei nº 8.112/90 e nos artigos 32 a 35 da Instrução Normativa nº 14, de 14 de novembro de 2018.

⁷⁵⁶ CARVALHO, **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância**. Cite-se, ainda, as palavras de José Armando da Costa (**Direito administrativo disciplinar**, p. 53): "Tratar os subordinados com justiça é um dever que se impõe a todos quantos exerçam o poder hierárquico".

Vistos os contornos principais do regime disciplinar, é necessário ainda verificar um último elemento do controle de conduta sob o viés repressivo - o regime de censura ética.

1.2.2. O regime de censura ética: as "infrações morais"

Como já exposto, entende-se o controle ético como um dos elementos do controle administrativo interno da Administração Pública sob a ótica da integridade. Muito embora se reconheça sua inegável proximidade com o controle disciplinar - inclusive considerando uma origem comum decorrente, repise-se, da caracterização da relação funcional como uma relação especial de poder, da organização estatal hierárquica, e, em última instância, da tutela do interesse público como finalidade última da atividade estatal - as duas instâncias de controle de conduta se diferenciam, desde já, porque abrangem diferentes dimensões do controle repressivo de conduta, ficando a dimensão ética aquém e além do domínio jurídico. Com efeito, enquanto o âmbito jurídico engloba a responsabilização fundada em aspectos estritamente normativos (responsabilidade civil, penal e administrativa, na qual se inclui a responsabilidade disciplinar), fato é que os contornos do âmbito de controle ético possíveis ao Estado com relação aos seus servidores ainda é uma incógnita, especialmente se se considerar que a Ética - enquanto um dos sistemas de regulação do comportamento humano, com a função de ordenar a sociedade considerando sua finalidade geral - é um sistema de valores não positivado e, por consequência, mutável e não tipificável.⁷⁵⁷

Nesse sentido, não se pretende, em razão dos limites e do objeto deste trabalho, enfrentar o debate filosófico dos limites entre a ética, o direito e a moral. Ao contrário, propõe-se neste ponto uma análise objetiva, apenas com o intuito de caracterizar, da forma como vem acontecendo hoje, o controle ético no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente considerando seus aspectos minimamente normativos.

À partida, os órgãos responsáveis pelo controle ético e pelo controle disciplinar não são os mesmos - o controle disciplinar, via de regra, é realizado pela Corregedoria do órgão ou um órgão interno disciplinar (ou, no âmbito federal brasileiro, pela Corregedoria-Geral da União, órgão da Controladoria-Geral da União⁷⁵⁸); já o controle ético, como adiantado, é

⁷⁵⁷ COMPARATO, Fábio Konder, **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**, São Paulo: Companhia Das Letras, 2016, p. 18 e 23. O autor destaca a amplitude do sentido com que, em sua análise, enxerga a Ética: "abrange o conjunto dos sistemas de dever-ser que formam, hoje, os campos distintos - e na maioria das vezes largamente contraditórios - da religião, da moral e do direito." Adiante, o autor assevera: "Em qualquer hipótese para a introdução de novos valores, ou a defesa dos que já vigoraram no meio social, não basta o recurso à força. É indispensável um mínimo de justificação ética. A consciência do bem e do mal, com o consequente sentimento de justiça ou injustiça, é inerente à condição humana, qualquer que seja a concepção que se tenha da sua origem: se se trata de algo inato, ou totalmente adquirido no curso da vida social."

⁷⁵⁸ Nos termos do artigo 13, do anexo I do Decreto nº 9.861, de 03 de janeiro de 2019, compete à Corregedoria-Geral da União, dentre outros: (i) exercer as competências de órgão central do Sistema

realizado por meio da Comissão de Ética específica do ente público. De facto, como já exposto, o Decreto nº 1.171/94 (Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal) determinou que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta e indireta implementassem suas respectivas Comissões de Ética (artigo 2º), que deveriam ter atuação tanto preventiva (orientando e aconselhando sobre a ética profissional do servidor, no tratamento com as pessoas e com o patrimônio público), quanto repressiva (analisando concretamente as imputações ou os procedimentos susceptíveis de censura) em matérias relacionadas à ética.

Referido decreto também instituiu, em seu anexo, o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal - já na previsão inaugural, que trata das regras deontológicas, é possível se identificar outro ponto de diferenciação entre o âmbito de atuação disciplinar e o ético:

I - A dignidade, o decoro, o zelo, a eficácia e a consciência dos princípios morais são primados maiores que devem nortear o servidor público, seja no exercício do cargo ou função, **ou fora dele**, já que refletirá o exercício da vocação do próprio poder estatal. Seus atos, comportamentos e atitudes serão direcionados para a preservação da honra e da tradição dos serviços públicos. *(sem negrito no original)*

Com efeito, como dito acima, o controle disciplinar, via de regra, volta-se a analisar condutas do servidor que possam se consubstanciar em infrações disciplinares, praticadas no exercício de sua atividade pública, de sua função pública ou em decorrência dela - essa, inclusive, é a previsão expressa do artigo 148 da Lei nº 8.112/90⁷⁵⁹. Isso não significa, entretanto, que toda e qualquer conduta praticada pelo servidor no âmbito de sua vida privada esteja excluída do controle disciplinar, mas sim que tais condutas só serão tocadas pelo

de Correição do Poder Executivo Federal (SISCOR); (ii) fiscalizar a efetividade da aplicação das leis de responsabilização administrativa de servidores, empregados públicos e entes privados; (iii) analisar as representações e as denúncias apresentadas contra servidores, empregados públicos e entes privados; (iv) instruir procedimentos disciplinares e de responsabilização administrativa de entes privados, com recomendação de adoção das medidas ou sanções pertinentes; (v) determinar a instauração ou instaurar procedimentos disciplinares ou de responsabilização administrativa de entes privados, de ofício ou em razão de representações e denúncias contra servidores, empregados públicos e entes privados; (vi) propor a avocação e revisar, quando necessário, procedimentos disciplinares ou de responsabilização administrativa de entes privados conduzidos por órgãos ou entidades do Poder Executivo federal; (vii) verificar a regularidade dos procedimentos disciplinares e de responsabilização administrativa de entes privados instaurados no âmbito do Poder Executivo federal. Vale ressaltar que o SISCOR foi instituído pelo Decreto nº 5.480/2005, sendo integrado pelos seguintes membros (artigo 2º): (i) Controladoria-Geral da União, por meio da Corregedoria-Geral da União, como órgão central do Sistema; (ii) unidades específicas de correição para atuação junto aos Ministérios, como unidades setoriais; (iii) unidades específicas de correição nos órgãos que compõem a estrutura dos Ministérios, bem como de suas autarquias e fundações públicas, como unidades seccionais.

⁷⁵⁹ *Verbis*: O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

direito administrativo disciplinar em hipóteses excepcionais: quando causarem sérios prejuízos à imagem da Administração Pública (especialmente relacionadas ao decoro ou à credibilidade) ou às específicas atribuições funcionais do servidor⁷⁶⁰, sendo necessário, pois, que exista uma relação direta entre a conduta praticada e o prejuízo causado à imagem da Administração e/ou às atribuições funcionais do servidor⁷⁶¹. Segundo Antônio Carlos Alencar Carvalho, a punição residual do servidor em razão dos atos praticados no âmbito de sua vida privada depende: (i) das circunstâncias; (ii) das atribuições do cargo ocupado; (iii) da repercussão do ilícito sobre a vida funcional e sobre o serviço público; (iv) de a conduta praticada no âmbito da vida privada estar expressamente capitulada em lei como ilícita, como regra geral; e (v) de o ilícito guardar pertinência com as específicas atribuições do cargo ocupado pelo servidor faltoso, de forma que, a princípio, não deve ser sancionada a conduta inteiramente alheia às competências do posto titularizado pelo transgressor e que não implique atentado contra a Administração Pública, ou ao menos que não evidencie que o agente esteja moralmente impossibilitado de prosseguir no desempenho dos seus específicos misteres administrativos.⁷⁶²

Por outro lado, como demonstrado pela regra transcrita supra do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, o âmbito de atuação do controle ético teria abrangência mais ampla - expressamente se prevê que aquelas pautas de conduta ali designadas devem ser observadas no exercício do cargo *ou fora dele*. O item VI das regras deontológicas reforça a ideia:

A função pública deve ser tida como exercício profissional e, portanto, se integra na vida particular de cada servidor público. Assim, os fatos e atos verificados na conduta do dia-a-dia em sua vida privada poderão acrescer ou diminuir o seu bom conceito na vida funcional.

Além das regras deontológicas (itens I a XIII), o citado Código de Ética prevê ainda os deveres fundamentais do servidor público (item XIV) e as vedações que se lhe aplicam (item XV), indicando, por fim, que à Comissão de Ética do órgão ou entidade, caberá, caso constatada a não observância das regras de conduta previstas, a aplicação de pena de *censura* (item XXII)⁷⁶³. O Código de Conduta da Alta Administração Federal (aplicável às mais

⁷⁶⁰ COSTA, **Direito administrativo disciplinar**, p. 201.

⁷⁶¹ DI PIETRO, **Direito administrativo**, ebook.

⁷⁶² CARVALHO, **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância**, ebook. O autor adverte que deve ser cautelosa a apreciação da repercussão administrativa da conduta privada do servidor público, só sendo possível se falar em responsabilidade administrativa em casos inquestionáveis de prejuízo para a atividade funcional ou o para prestígio do funcionário em face das atribuições específicas de seu cargo, prejudicadas pela ação consumada no âmbito particular.

⁷⁶³ Ricardo Quartim de Moraes (A encruzilhada das Comissões de Ética no Brasil: da burocracia ao compliance, *in*: BARATA, Ana Maria Rodrigues; GONTIJO, Danielly Cristina Araújo; PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Orgs.), **Direito administrativo sancionador disciplinar**, Rio de Janeiro: Editora

altas autoridades da Administração Pública Federal brasileira⁷⁶⁴) segue em sentido semelhante quanto aos aspectos citados, prevendo, inclusive, como possíveis sanções a serem aplicadas em caso da não observância de suas normas a *advertência* e a *censura ética* (artigo 17)⁷⁶⁵. Assim, muito embora se entenda, repise-se, que o controle ético também deva ser encarado sob a perspectiva do controle comportamental, optou-se, neste ponto do estudo, por situá-lo sob a ótica repressiva do controle de conduta exatamente porque, a princípio, dele pode resultar a aplicação de uma sanção.

É cediço que existe uma relação estreita entre as normas de conteúdo ético e o princípio da moralidade administrativa (que no Brasil tem assento constitucional).⁷⁶⁶ Nesse aspecto, a moralidade administrativa pode ser analisada sob duas óticas: (i) objetiva, referente às regras éticas objetivadas, que trazem as diretrizes daquilo que se espera que se faça (ou seja, o *dever-ser*), aquilo que se considera correto, honesto, probo; e (ii) subjetiva, que se relaciona àqueles que desempenham a atividade pública, tornando necessário que se ajustem a padrões de conduta, que atuem com retidão, que se comportem em conformidade com as regras éticas (e neste ponto guarda estreita relação, repise-se, com a ideia de integridade e de controle comportamental tratadas no item anterior). Como defende Maria Angelita Nestor Ferreira, a moralidade administrativa traz consigo a ideia de que não bastam o respeito à legalidade e a simples intenção de buscar concretizar o interesse público - é

CEEJ, 2021) questiona, no entanto, tal competência sancionadora, tendo em vista ter sido instituída por Decreto, sem base legal.

⁷⁶⁴ Nos termos do artigo 2º do referido Código, às seguintes autoridades públicas: (i) Ministros e Secretários de Estado; (ii) titulares de cargos de natureza especial, secretários-executivos, secretários ou autoridades equivalentes ocupantes de cargo do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, nível seis; (iii) presidentes e diretores de agências nacionais, autarquias, inclusive as especiais, fundações mantidas pelo Poder Público, empresas públicas e sociedades de economia mista. A Exposição de Motivos nº 37/2000, referente ao Código de Conduta da Alta Administração Federal também prevê que "este Código, antes de tudo, valerá como compromisso moral das autoridades integrantes da Alta Administração Federal com o Chefe de Governo, proporcionando elevado padrão de comportamento ético capaz de assegurar, em todos os casos, a lisura e a transparência dos atos praticados na condução da coisa pública. A conduta dessas autoridades, ocupantes dos mais elevados postos da estrutura do Estado, servirá como exemplo a ser seguido pelos demais servidores públicos, que, não obstante sujeitos às diversas normas fixadoras de condutas exigíveis, tais como o Estatuto do Servidor Público Civil, a Lei de Improbidade e o próprio Código Penal Brasileiro, além de outras de menor hierarquia, ainda assim, sempre se sentirão estimulados por demonstrações e exemplos de seus superiores."

⁷⁶⁵ A referência à amplitude das regras de conduta do Código de forma a abarcar os atos da vida privada de forma geral é, no entanto, ligeiramente mais sutil, muito embora o Código demonstre especial preocupação em tratar dos conflitos de interesses públicos e privados. Nesse sentido, veja-se, a título ilustrativo, o artigo 1º, incisos IV e V e o artigo 3º. Registre-se que além da aplicação das sanções, as Comissões de Ética podem encaminhar, ao superior hierárquico, sugestão de exoneração do cargo em comissão do infrator, nos termos do artigo 12, § 5º, inciso I do Decreto nº 6.029/2007 e do artigo 17, parágrafo único do Código de Conduta da Alta Administração Federal.

⁷⁶⁶ Sem olvidar, entretanto, da discussão sobre a distinção entre ética, moral e moralidade - que, no âmbito da matéria de controle interno, é bem mencionada por Maria Angelita Nestor Ferreira (Ética e moralidade na função pública, *in*: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da (Orgs.), **Direito Disciplinário Internacional**, Belo Horizonte: Fórum, 2011, v. 1, p. 105 a 119), mas que, em razão dos limites e do escopo deste trabalho, não nos cabe desenvolver.

necessário que outros valores sejam agregados na interpretação do princípio para se caminhar no sentido das transformações necessárias ao Direito e às atividades administrativas. Assim, a moral administrativa define os comportamentos que devem ser observados pelos agentes públicos, estabelecendo um rigoroso padrão de conduta, requerendo postura exemplar e comportamentos compatíveis com a lealdade e a boa-fé, gerando, com isso, o valor *confiança*. Daí que quando esses padrões de conduta não são observados pelo servidor público, ocorre uma quebra de confiança, tanto na relação entre o servidor e o Estado quanto da confiança que a sociedade deposita na prestação daquele serviço público (já que, para esse efeito, como já exposto, o servidor público representa o Estado - para a população em geral, até personifica-o -, age em nome dele).⁷⁶⁷

Fábio Medina Osório faz uma análise crítica destas "*infrações morais*" (que, segundo o autor, estão presentes não apenas em Códigos de Ética, mas também em estatutos disciplinares) - realça a necessidade de que a análise jurídica desses "tipos" não deve descuidar da defesa de direitos fundamentais que não podem ser afetados indevidamente pela pretensão punitiva do Estado, ainda que no âmbito de uma relação especial de sujeição. Com efeito, sem olvidar que a moralidade, em grande medida, determina as bases dos sistemas jurídicos (embora seja inegável a autonomia entre as instâncias moral e jurídica), o autor assevera que a moralidade protegida pelo Direito se insere no campo da Ética pública, a qual se diferencia da "Ética privada"; daí que as exigências morais que são

⁷⁶⁷ *Ibid.* A autora complementa: "Ressalte-se que o conteúdo da moral comum se modifica de acordo com o movimento social, diferentemente ocorre em relação à moralidade administrativa, que não busca regular o comportamento comum do homem, mas, a conduta daquele que assume a responsabilidade de gerir a res publica e, como tal, a ele se estabelece um catálogo de princípios de cogente obediência. Portanto, comportamentos que ferem a moralidade pública serão considerados imorais em qualquer tempo, independentemente de estarem expressos em texto legal, uma vez que o interesse público é indisponível. Assim, a distinção é salutar e deve ser preservada. Corolário, ética pública não se resume meramente ao bom uso do dinheiro público ou o uso abusivo (antítese do tema). Trata-se, pois, de conceito teórico que deve ser posto em prática de maneira ampla, exigindo daqueles que ocupam cargos públicos a competência - além da meramente formal, restrita à atribuição protocolar delegada pela autoridade superior hierarquicamente. A competência requisitada é substancial, ou seja, conjunto de capacidades e habilidades necessárias ao desempenho de um múnus público específico, pois não basta somente a 'boa intenção' para promover ações destinadas ao alcance do interesse público." Luis Manuel Fonseca Pires (A função pública em sentido orgânico ou subjetivo no Brasil e a consequente dimensão de eficácia do regime jurídico-administrativo, in: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da (Orgs.), **Direito Disciplinário Internacional**, Belo Horizonte: Fórum, 2011, v. 1, p. 257 a 269) acrescenta, em analogia com o conhecido provérbio sobre a mulher de César, que para atender à moralidade administrativa "Não basta ser - ou se crer, em sua avaliação particular, pessoal - honesto, é ainda necessário parecer. A moralidade administrativa - enquanto comando positivo - exige que se seja e que se pareça íntegro, probo, enfim, ético. (...) Parecer que não significa aparecer - como singelamente exigia César. Parecer quer dizer que no âmbito jurídico não bastam as prestações de contas com a consciência, as justificativas pessoais elaboradas no recesso da alma. Há necessidade, isto sim, de sua expressão prática. Em Aristóteles, a ética deve subordinar-se à política, ser sua manifestação habitual. O bem supremo em sua doutrina é a felicidade, o que depende da atividade da alma segundo a razão, a virtude. Os valores autênticos são os da alma, diz este notável filósofo, e em analogia ao sistema jurídico afirmo: os valores e as respectivas ações juridicamente legítimas são as que reverenciam respeito ao povo, o titular do poder."

incorporadas pelo Direito têm uma conotação específica, estando relacionadas às exigências de convivência social ordenada e racional, derivadas de uma escolha democrática dentro de um Estado laico. Por isso as normas jurídicas não deveriam adentrar o campo privado dos comportamentos imorais, embora isso aconteça com uma certa frequência (inclusive no setor público, em que não são raras as iniciativas de normatização de comportamentos imorais que se situam ordinariamente na esfera privada dos indivíduos). Na verdade - mesmo se lembrando que a moralidade do ato administrativo sempre está entrelaçada à moral da instituição (diferenciando-se, pois, da moralidade comum) - é essencial se distinguir Moral e Direito no mínimo a partir da interioridade e exterioridade, de forma a se delimitar um espaço próprio para a personalidade do indivíduo, livre da ingerência do Estado. Segundo Medina Osório, retirar do princípio da moralidade administrativa ou dos tipos sancionadores de condutas eticamente reprováveis um sentido amplo o suficiente para abarcar todo e qualquer ato imoral dos agentes públicos equivaleria a liquidar com o Estado Democrático de Direito e seu pilar de legalidade - se o agente público só pode agir fundado em lei, a mera não observância de um preceito moral não poderia lhe acarretar sanções e, além disso, o próprio administrado poderia ficar exposto a ações administrativas que se amparam na moralidade e não na juridicidade caso se admitisse uma confusão progressiva entre as instâncias.⁷⁶⁸

Embora se reconheça a pertinência da crítica, não se pode descuidar de que os preceitos éticos - nesse contexto - são elementos essenciais às políticas de integridade, ainda mais quando se considera o controle comportamental e, em especial, os achados das ciências comportamentais sobre a desonestidade. Esse tipo de direcionamento para condutas éticas ou morais, como visto, é capaz de alterar a bússola moral dos servidores (cite-se, neste ponto específico, os achados da pesquisa de Dan Ariely), de forma a converter o contágio moral em uma experiência de disseminação de condutas positivas.⁷⁶⁹

⁷⁶⁸ OSÓRIO, **Direito administrativo sancionador**, p. 250 a 257.

⁷⁶⁹ Cite-se, ademais, as palavras de Maria Angelita Nestor Ferreira (FERREIRA, *Ética e moralidade na função pública*): "Sem adentrar à seara do campo filosófico, sobre a corrente ética a ser adotada ou aquela adequada à realidade social do homem em concreto, há que se refletir sobre o porvir de uma nova era, marcada por valores éticos apropriados à função pública, que não se divorcia da esfera privada, pois como já afirmado, o homem deve ser considerado na sua integralidade, não sendo possível o seu fracionamento - ora o público, quando no exercício da função pública, ora privado. Aliás, estabelecer limites estanques entre o espaço público e privado, hodiernamente, requer ousadia e coragem, pois a cada dia as fronteiras destes espaços são marcados pela incerteza e imprecisão. E não poderia ser diferente, pois para o exercício do controle da função pública carece de parâmetros morais. Não se trata de uma moral comum, posto que não conserva afinidade com a índole do homem ou com uma moral comum, maculada pela liberdade individual, mas, outrossim, pertence ao sistema moral fechado, ainda que derivado dos grupos sociais (que em última análise, se articula a moral comum), uma vez que 'reflete ou condensa uma moral extraída do conteúdo da ética socialmente afirmada, considerando esta o conjunto de valores que a sociedade expressa e pelos quais se pauta em sua conduta', condensados sobre a forma de princípios constitucionais, quer expressos ou implícitos."

Nesse ponto, as instâncias ética e disciplinar acabam atuando de forma bastante semelhante na direção e influência da conduta dos servidores. No entanto, é bom ressaltar que a Comissão de Ética Pública brasileira⁷⁷⁰, ao analisar questionamento consultivo sobre as "infrações morais" opinou que⁷⁷¹: (i) o processo de apuração do desvio ético não se confunde com o processo disciplinar, possuindo, ambos, objetivos distintos: as sanções previstas na Lei nº 8.112/90 derivam do poder disciplinar estatal (com caráter sancionatório, natureza coercitiva e finalidade de obrigar o cumprimento dos deveres funcionais pelos servidores públicos); já a esfera ética busca salvaguardar a lisura e a transparência dos atos praticados na condução da coisa pública (inclusive buscando prevenir condutas incompatíveis com o padrão ético almejado para o serviço público)⁷⁷²; (ii) a instituição do código de conduta para os servidores públicos não tem por objetivo criar novas hipóteses de delito administrativo, razão pela qual poderiam ter sido instituídos (como o foram) por decreto do Presidente da República, com fundamento em sua competência de dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública Federal (prevista no artigo 84, inciso VI, alínea a da Constituição) - isso porque a advertência e a censura ética, penalidades que podem ser aplicadas após um processo de controle ético, seriam sanções morais e não disciplinares (aproximando-se, assim, do campo do *soft law*), uma vez que as transgressões

⁷⁷⁰ Cabe lembrar que o Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007, instituiu o Sistema de Gestão de Ética do Poder Executivo Federal, integrado pela Comissão de Ética Pública (CEP) e demais Comissões de Ética dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, prevendo como uma das competências da CEP, além administrar a aplicação do Código de Conduta da Alta Administração Federal (inclusive quanto à apuração de irregularidades e à manifestação sobre dúvidas quanto à aplicação das normas) dirimir as dúvidas de interpretação sobre as normas do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (artigo 4º, inciso III).

⁷⁷¹ Conclusões retiradas do processo nº 00191.000151/2012-18. Comissão de Ética da UNB. Relator: Conselheiro Marcello Alencar de Araújo. 182ª Reunião Ordinária da Comissão de Ética Pública, realizada no dia 19 de junho de 2017.

⁷⁷² A CEP enfrentou a questão da autonomia entre as instâncias ética e disciplinar em outras oportunidades. No processo nº 00191.010130/2016-26 (Comissão de Ética da CVM. Relator: Marcello Alencar de Araújo. 179ª Reunião Ordinária da Comissão de Ética Pública, realizada no dia 27 de março de 2017) ficou consignado que: "(...) o Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal constitui sistema próprio, regido por normas próprias, no caso o Decreto nº 6.029, de 2007, e a Resolução nº 10, de 29 de setembro de 2008. (...) os incisos II e III do § 5º, do artigo 12 do citado Decreto, estabelecem que, quando houver reconhecida falta ética, os órgãos desse específico sistema (Comissões de Ética), se o caso, tomarão as providências, no sentido de encaminhar o quanto apurado aos órgãos do controle disciplinar, para verificação dos temas das respectivas competências, relativamente aos fatos que ensejarem a falta ética do servidor, inclusive com possível recomendação de abertura de procedimento administrativo, caso a gravidade do apurado assim exigir. Assim, afirmou haver independência da apuração na esfera ética em relação àquela promovida na esfera disciplinar, com consequências jurídicas diversas e específicas previstas nas respectivas normas de regência. As normas aplicáveis ao rito na instância ética são aquelas previstas na Resolução nº 10/CEP/2008. (...) Os artigos 17, do Decreto nº 6.029/07, e 16, da Resolução nº 10/08, registram a independência das esferas ética, penal, civil e administrativa (improbidade administrativa e infração disciplinar). Assim, um mesmo ato/fato pode dar origem a diversas apurações, nas diversas esferas, sem que exista sobreposição, desde que cada uma trate das questões de sua competência. A existência de apuração disciplinar contra o agente público não obsta a apuração de sua conduta sob o ponto de vista da ética pública e vice-versa."

éticas não implicam necessariamente violação da lei, mas sim descumprimento de um compromisso moral e dos padrões qualitativos de conduta estabelecidos, de forma que a punição tem caráter político⁷⁷³; (iii) considerando as diferenças já ressaltadas entre a esfera ética e a esfera disciplinar, não há que se falar em *bis in idem* no caso de aplicação de sanções pelo mesmo fato, em ambas as searas; (iv) a imposição de sanção ética a servidor público deve estar fundamentada no Código de Ética Profissional do Servidor Público do Poder Executivo Federal, instituído pelo Decreto nº 1.171/1994 (e, acrescenta-se, no Código de Conduta da Alta Administração Federal, no caso da alta cúpula da Administração Federal) - os códigos de ética ou de conduta próprios devem apenas explicitar os comandos dos referidos normativos, aproximando-os da realidade de cada órgão ou unidade⁷⁷⁴; (v) o procedimento a ser adotado na instância ética é o decorrente dos Decretos nº 1.171/1994, 6.029/2007 e da Resolução nº 10/2008 da CEP, não se lhe aplicando as regras gerais constantes na Lei nº 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo)⁷⁷⁵; (vi) não existem "efeitos administrativos decorrentes da sanção ética" - a sanção tem natureza de penalidade ética ou política, não restringindo os direitos do servidor condenado⁷⁷⁶.

Recebe-se, entretanto, essas conclusões apresentadas pela CEP com certa reserva - muito embora os limites desta pesquisa não permitam avançar na discussão (que possivelmente ocuparia um tema de tese específico), aparentemente há a necessidade de

⁷⁷³ Tal previsão encontra-se na Exposição de Motivos nº 37/2000, referente ao Código de Conduta da Alta Administração Federal: "(...) Na realidade, grande parte das atuais questões éticas surge na zona cinzenta – cada vez mais ampla – que separa o interesse público do interesse privado. Tais questões, em geral, não configuram violação de norma legal mas, sim, desvio de conduta ética. Como esses desvios não são passíveis de punição específica, a sociedade passa a ter a sensação de impunidade, que alimenta o ceticismo a respeito da licitude do processo decisório governamental. Por essa razão, o aperfeiçoamento da conduta ética do servidor público não é uma questão a ser enfrentada mediante proposição de mais um texto legislativo, que crie novas hipóteses de delito administrativo. Ao contrário, esse aperfeiçoamento decorrerá da explicitação de regras claras de comportamento e do desenvolvimento de uma estratégia específica para sua implementação. (...) o ponto de partida foi a tentativa de prevenir condutas incompatíveis com o padrão ético almejado para o serviço público, tendo em vista que, na prática, a repressão nem sempre é muito eficaz. Assim, reputa-se fundamental identificar as áreas da administração pública em que tais condutas podem ocorrer com maior frequência e dar-lhes tratamento específico. (...) Na verdade, o Código trata de um conjunto de normas às quais se sujeitam as pessoas nomeadas pelo Presidente da República para ocupar qualquer dos cargos nele previstos, sendo certo que a transgressão dessas normas não implicará, necessariamente, violação de lei, mas, principalmente, descumprimento de um compromisso moral e dos padrões qualitativos estabelecidos para a conduta da Alta Administração. Em consequência, a punição prevista é de caráter político: advertência e "censura ética". Além disso, é prevista a sugestão de exoneração, dependendo da gravidade da transgressão."

⁷⁷⁴ Veja-se: Processo n.º 00191.000473/2017-63. Secretário Nacional da Autoridade Brasileira de Controle de Dopagem. Relator: Conselheiro Mauro de Azevedo Menezes. 186ª Reunião Ordinária da Comissão de Ética Pública, realizada no dia 23 de outubro de 2017.

⁷⁷⁵ Veja-se: Processo n.º 00191.000151/2012-18. Comissão de Ética da UNB. Relator: Conselheiro Marcello Alencar de Araújo. 182ª Reunião Ordinária da Comissão de Ética Pública, realizada no dia 19 de junho de 2017.

⁷⁷⁶ Veja-se: Processo n.º 00191.000151/2012-18. Comissão de Ética da UNB. Relator: Conselheiro Marcello Alencar de Araújo. 182ª Reunião Ordinária da Comissão de Ética Pública, realizada no dia 19 de junho de 2017.

enfrentar algumas questões: (i) como exposto, o poder de controle ético e o poder disciplinar parecem ter origem nos mesmos elementos: relação especial de sujeição, organização hierárquica da Administração, interesse público como finalidade última da atividade estatal; e pressupõem uma mesma estrutura formal, ou seja, uma norma de conduta apenada com uma sanção estatal não-penal, de forma que torna-se complexa a diferenciação entre as instâncias - exceto, como dito, pelo seu objeto mais ou menos fluido e pela abrangência de seu alcance (considerando, desde já, a crítica apresentada acima por Fábio Medina Osório quanto à interpretação muito ampla das "infrações morais"); (ii) se a censura ética ou advertência são públicas, ficam registradas e de alguma forma são vinculadas à figura do servidor, não parece possível afirmar que delas não decorrem qualquer efeito administrativo, pois, como admite a própria CEP, podem ser utilizadas em desfavor do apenado em casos de análises de vida funcional do servidor a partir de critérios mais abertos ou discricionários (por exemplo, para concessão de certas benesses ou vantagens decorrentes da atividade pública) - nesse sentido, parece inegável a aproximação com a pena de advertência disciplinar; (iii) sendo assim, parece que não se encontra livre de dúvidas a caracterização de *bis in idem* por punição na esfera ética e na esfera disciplinar pelos mesmos fatos.

Por esta razão é que, neste trabalho, opta-se por descrever as esferas com certa autonomia (em razão, especialmente, repise-se, de seu objeto de controle e da abrangência de sua aplicação), sem, entretanto, defender-se peremptoriamente sua independência e, por consequência, a possibilidade de aplicação de sanção em ambas as searas pelo mesmo fato. Daí que, quando se propõe uma ideia de controle de conduta, na perspectiva repressiva, o que se tem em mente é que esse controle é formado pelos dois elementos - o controle disciplinar e o controle ético - mas numa perspectiva residual deste último, dada a sua abrangência mais ampla (por poder atingir também atos da vida privada) e definição mais fluida de seu objeto. Ou seja, de forma mais clara, a ideia é que a partir de uma concepção de controle de conduta repressivo, inicialmente, ciente da notícia do ato ou omissão supostamente irregular, a autoridade competente para o juízo de admissibilidade verifique se há indícios de materialidade e de autoria de infração funcional, sendo que: (i) caso esses indícios *não* existam, mas, ainda assim, a conduta possa ferir, de forma mais abrangente, algum preceito do código de ética ou do código de conduta do órgão, seja enviado o processo para análise da Comissão de Ética correspondente; (ii) caso existam esses indícios, o feito seja analisado pela área disciplinar, especialmente considerando a maior gravidade das sanções que ali podem ser aplicadas e da maior especificidade das diretrizes de conduta (ainda que não haja tipicidade, repita-se, via de regra as normas disciplinares trazem previsões menos fluidas que os códigos de ética e de conduta), a partir, pois, de uma perspectiva de que nestes casos a competência disciplinar absorve a competência ética; e, por fim, (iii) caso, para além dos fatos que caracterizem os indícios de autoria e de

materialidade de infração funcional, remanesçam fatos que não serão tocados pelo poder disciplinar do Estado, mas que possam caracterizar falta ética, que seja desmembrado o feito para análise concomitante entre a área disciplinar e a Comissão de Ética, as quais, entretanto, frise-se, estarão analisando fatos diferentes, ensejadores de irregularidades distintas (de forma que, caso ocorra aplicação de sanção em virtude, por exemplo, de uma mesma denúncia, não se estará diante de *bis in idem*, mas sim de apenações por fatos diversos que foram relatados na mesma notícia de irregularidades)⁷⁷⁷.

Por fim, cabe mencionar brevemente como se dá o procedimento referente ao controle ético no âmbito brasileiro, previsto nos artigos 12 a 14 do Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007 e na Resolução CEP nº 10, de 29 de setembro de 2008 (destacando-se, desde já, que também se vê com reservas o entendimento da CEP no sentido de que não se aplica a tal procedimento as regras gerais sobre processo administrativo, uma vez que não parece possível caracterizar o rito que se passa a descrever como outra coisa que não um processo administrativo).

Qualquer cidadão, agente público, pessoa jurídica de direito privado, associação ou entidade de classe pode provocar a atuação da CEP ou da Comissão de Ética de cada órgão ou instituição visando à apuração de notícia de prática de infração ética. O procedimento se divide em duas fases: procedimento preliminar e processo de apuração ética. A formalização da apuração da infração ética se dá por meio do procedimento preliminar, que compreende: (i) juízo de admissibilidade; (ii) instauração, que pode se dar de ofício ou mediante representação ou denúncia; (iii) apresentação de provas documentais e, excepcionalmente, manifestação do investigado e realização de diligências urgentes e necessárias, (iv) relatório, (v) eventual proposta de acordo de conduta pessoal e profissional; e (vi) decisão preliminar sobre o arquivamento ou a conversão em processo de apuração ética. O processo de apuração ética, por sua vez, que deverá observar o contraditório e a ampla defesa (já que pode gerar a aplicação de sanção), compreende as fases de: (i) instauração; (ii) instrução complementar, englobando a realização de diligências, a manifestação do investigado e a produção de provas; (iii) relatório e alegações finais; e (iv) deliberação e decisão, que declarará improcedência, conterà sanção, recomendação a ser aplicada ou proposta de acordo de conduta pessoal e profissional.

Pois bem, é possível, neste ponto, vistas todas as perspectivas do controle de conduta propostas, afirmar, na esteira da doutrina de Ana Fernanda Neves, que o controle de comportamental, a responsabilidade disciplinar e a responsabilidade ética - formando o que

⁷⁷⁷ Vale ressaltar, entretanto, que a proposta apresentada se distancia um pouco do rito atualmente previsto pela Resolução CEP nº 10/2008, que prevê, em seu artigo 20, que diante de indícios de que a conduta analisada configura, a um só tempo, falta ética e infração de outra natureza, inclusive disciplinar, a cópia dos autos deverá ser encaminhada imediatamente ao órgão competente, devendo o denunciado ser notificado sobre tal remessa.

se propôs denominar de *controle de conduta* - representam, sob a ótica da integridade pública, a salvaguarda do comportamento que se exige do servidor público, vinculado que está à relação funcional, que, repise-se, é uma relação especial de poder. No entanto, como já visto, atualmente a relação especial de poder como um instituto reabilitado democraticamente, não desconhece ou desconsidera os direitos fundamentais daqueles que se lhe estão submetidos. E, sendo assim, os direitos fundamentais atuam como um limite ao poder de controle de conduta do Estado, seja do ponto de vista substantivo, seja do ponto de vista procedimental, uma vez que: (i) nem toda conduta poderá, à luz dos direitos fundamentais dos servidores, ser tipificada como uma infração disciplinar ou como uma infração ética; (ii) a reação estatal a uma eventual infração também deverá estar conformada pelos direitos fundamentais dos servidores; e (iii) a apuração da infração disciplinar ou ética demanda um processo equitativo, justo e que observe todas as garantias constitucionais referentes ao devido processo legal.⁷⁷⁸

Considerando, entretanto, a centralidade do tema - controle de conduta à luz dos direitos fundamentais - para esta pesquisa, passa-se a analisá-lo com mais vagar adiante.

2. A RESTRINGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Até aqui restou assentado que: (i) é inquestionável que a própria Constituição outorga qualidades especiais a certos grupos, o que acaba acarretando singularidade no status jurídico desses sujeitos - dentre eles, estão os servidores públicos; (ii) os servidores públicos estabelecem relações muito mais intensificadas e de maior proximidade com o Estado, em razão de sua inserção na organização administrativa - dessa forma, não mantêm com a Administração o mesmo tipo de vínculo que o cidadão comum estabelece em uma relação de sujeição geral; (iii) a relação funcional é, pois, uma relação de sujeição especial reabilitada democraticamente, ou seja, na qual não se afasta a aplicabilidade do princípio da legalidade, dos direitos fundamentais e da tutela jurisdicional no âmbito das referidas relações, embora essa aplicabilidade não se dê se forma idêntica à das relações de sujeição geral (para não inviabilizar, no caso da relação funcional, o cumprimento de sua finalidade última de concretização do interesse público); (iv) em função da qualificação da relação funcional como uma relação de sujeição especial, da organização hierárquica da Administração e, de forma geral, do interesse público como fim da atividade estatal, o Estado pode *controlar* as atividades de seus servidores sob diversos aspectos; (v) um destes aspectos é o que se propôs denominar *controle de conduta*, que engloba as perspectivas de integridade pública - comportamentais, disciplinares e éticas (e um viés preventivo e um viés repressivo).

⁷⁷⁸ NEVES, **O direito disciplinar da função pública - vol. I**, p. 50.

Quanto ao princípio da legalidade, de fato, a relação funcional, como uma relação de sujeição especial, acaba por justificar uma diferente intensidade de vinculação à juridicidade e um maior poder normativo da Administração Pública. Ou seja, a natureza da relação funcional indica ao legislador que o princípio da legalidade melhor se adequa, nesses casos, por meio da previsão de reservas parciais de decisão administrativa (ao invés do tratamento legislativo exaustivo), as quais podem se dar por meio de discricionariedade administrativa e de conceitos jurídicos indeterminados, o que afeta, inclusive o poder normativo da Administração.⁷⁷⁹ De fato, como adverte Cabral de Moncada, a presença da legalidade não será idêntica em todas as zonas da atividade administrativa, de forma que haverá espaços em que finalidades especiais da ordem pública ou a natureza particular de certas matérias poderão aconselhar uma *redução relativa da legalidade* (se comparada com os demais domínios da atividade administrativa), que se consubstancia na vigência de normas especiais de caráter menos garantístico (o que, entretanto, em nada se iguala à antiga impermeabilidade jurídica, que dava azo à arbitrariedade do poder). São casos, pois, de espaço legalizado, mas com menos avanço na proteção do indivíduo como em outras áreas. Isso não afasta o direito de acesso aos tribunais - a diferença é que nos casos de uma relação de sujeição especial o indivíduo não terá tal em razão de toda e qualquer medida tomada pela Administração Pública, mas essa garantia existirá sempre que se lhe afetar um direito fundamental (devendo existir, pois, um ponto de equilíbrio entre certas finalidades constitucionais específicas, de um lado, e, de outro, a aplicabilidade imperativa da proteção dos direitos fundamentais). Note-se, entretanto, que se trata de *redução relativa da legalidade* e não de seu total afastamento, já que, repita-se, não é cabível sustentar a existência de determinado *locus* administrativo disciplinado apenas por regulamentos internos. É que, em uma visão moderna, deve-se ter em mente que os fins institucionais próprios de certas entidades e serviços não aconselham que o legislador desça a pormenores e que são esses fins que impõem deveres especiais de obediência e de colaboração àqueles submetidos a uma relação de sujeição especial - dessa forma, nesse contexto, a previsão legislativa deve se limitar ao mínimo, valendo-se de cláusulas gerais para deixar algum espaço de movimentação à Administração sob a forma de regulamento.⁷⁸⁰

⁷⁷⁹ SILVA, **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição**, p. 120 e 121.

⁷⁸⁰ MONCADA, **Lei e regulamento**, p. 441 a 446. Daí se afirmar que as relações de sujeição especial não constituem um critério justificativo da ausência de previsão legislativa, mas podem justificar uma aplicação diferenciada do princípio da legalidade (com especial recurso às cláusulas gerais, reconhecendo-se maior espaço normativo à Administração, respeitadas as diretrizes legais gerais), bem como podem, em certos aspectos, limitar o acesso aos tribunais, excluindo alguns tipos de atuação administrativa. Essa limitação não ocorrerá, entretanto, sempre que uma medida do poder público afetar um direito fundamental do indivíduo inserido em uma relação de sujeição especial, uma vez que, como amplamente exposto, o indivíduo, ao ingressar na organização administrativa, integrando-a, não perde sua condição de titular de direitos fundamentais.

Da mesma forma que ocorre com relação ao princípio da legalidade, também os direitos fundamentais têm aplicabilidade diferenciada no âmbito da relação funcional - tais garantias são, na verdade, funcionalizadas ao cumprimento dos fins da relação de sujeição especial (no caso da relação funcional, a tutela do interesse público). Essa é a característica que tem especial interesse para este estudo.

À partida, repise-se que não se vislumbra a possibilidade de um princípio ou de uma regra abstrata de supremacia do interesse público sobre o interesse privado - o que se entende possível é apenas uma funcionalização de direitos e garantias individuais dos servidores públicos de forma a não inviabilizar o atingimento dos fins da atuação administrativa; no entanto, isso não quer dizer que o interesse público perseguido pela Administração sempre prevalecerá, havendo espaço, pois, para hipóteses em que o direito individual irá suplantá-lo, a depender das circunstâncias, mesmo no âmbito de uma relação de sujeição especial.

Esse, pois, é o aparente nó górdio do problema aqui tratado: como compatibilizar que as relações funcionais, enquanto relações especiais de sujeição (cuja funcionalidade está exatamente em conferir instrumentos que permitam ao Estado lidar melhor com a situação daqueles indivíduos que mantêm uma maior proximidade com a Administração) e os direitos garantidos de forma geral aos indivíduos - e, por corolário, aos servidores públicos -, sem inviabilizar a concretização dos fins estatais, da tutela do interesse público? E, de forma mais específica à análise que se propõe, **como conciliar o controle de conduta e os direitos fundamentais dos servidores ou até que ponto pode o controle de conduta avançar sobre a atividade do servidor público sem macular seus direitos?**

Konrad Hesse assevera que existem limitações de direitos fundamentais que valem apenas para os indivíduos que se encontram em uma relação especial de poder⁷⁸¹. No entanto, à partida, parece possível afirmar que as relações de sujeição especial *não constituem uma autorização genérica* para que o Estado comprima os direitos daqueles que estão submetidos a ela. Embora essas restrições sejam possíveis, as questões referentes à aplicação dos direitos fundamentais devem ser resolvidas sem perder de vista a teoria geral dos direitos fundamentais, em especial, as possibilidades de restrição desses direitos (considerando a metodologia da ponderação e os limites constitucionais à atividade restritiva).

Na realidade, o que ocorre no âmbito das relações de sujeição especial - que, quanto a este ponto, *a priori*, as diferencia das relações de sujeição geral - é que **o vínculo de sujeição pode funcionar como fundamento de limitações / restrições específicas a determinados direitos fundamentais**, levando, com isso, ao reconhecimento de sua

⁷⁸¹ HESSE, Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, p. 259.

proporcionalidade⁷⁸². Não existe um consenso sobre em que medida as relações de sujeição especial podem justificar a imposição de *limites ou restrições* aos direitos fundamentais - para fazer frente a esse impasse, alguns critérios vêm sendo formulados com o intuito de conferir uniformidade no tratamento do tema, como: (i) saber se as relações especiais devem estar contempladas no texto constitucional e até que ponto é necessário que a possibilidade de limitação esteja expressamente prevista nos preceitos constitucionais que prevêm as instituições sujeitas a regime especiais; (ii) instituir a necessidade de que o processo de ponderação considere as relações entre a finalidade da instituição e a restrição imposta e, ao mesmo tempo, a necessidade de tutela, na maior medida possível, dos direitos fundamentais daqueles que se encontram em uma relação de sujeição especial; (iii) estabelecer como pressuposto para o *status especial* atribuído ao indivíduo o cumprimento de uma finalidade institucional que justifique a restrição, de forma que o regramento especial, além do necessário fundamento, só terá legitimidade na medida em que a realização do fim institucional que ele promove, observada a necessária proporcionalidade, justificar a restrição ao direito fundamental.⁷⁸³

Tais critérios trazem à tona o tema geral da **restringibilidade dos direitos fundamentais**. Antes de prosseguir, portanto, dada a importância desse assunto para o desenvolvimento do estudo, vale a pena lhe dedicar algumas linhas.

O ponto de partida da doutrina para o enfrentamento do tema costuma ser uma premissa lógica: *nenhum direito fundamental é absoluto*. A existência de um extenso rol de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente já induz à noção de que eles precisam ser harmonizados entre si ou compatibilizados com os demais valores ou bens que a Constituição também tutela; além de ser até intuitivo que as ações humanas devam ser *limitadas* para viabilizar a coexistência entre as pessoas.⁷⁸⁴

⁷⁸² PEREIRA, As restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição. Em sentido aproximado, Mariano López Benítez (**Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**, p. 148) afirma que a especialidade destas relações hoje é que elas pressupõem um limite forçoso de direitos e deveres gerais, assim como das garantias jurídicas destes direitos.

⁷⁸³ PEREIRA, As restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição.

⁷⁸⁴ Jane Reis Gonçalves Pereira (*Ibid*) lembra inclusive que essa ideia faz parte da própria noção de liberdade. Afirma a autora que a noção de que os direitos fundamentais não são absolutos se harmoniza com as duas principais concepções filosóficas sobre liberdade: (i) a da liberdade como *autonomia*, que tem como principal paradigma o pensamento de Jean-Jacques Rousseau, segundo a qual a liberdade não se traduz em abstenções do Estado, mas advém do fato de as pessoas obedecerem a leis de cuja elaboração participaram - é a liberdade cívica, política, encontrando-se sua essência mais na sua origem (a vontade geral) do que na forma como é exercida; e (ii) a da liberdade como *heteronomia*, defendida pelos jusnaturalistas liberais (como John Locke), que parte do pressuposto de que o poder soberano deve ser limitado, de forma que a liberdade seja exercida nos espaços vazios de poder (ou seja, a liberdade é entendida como ausência de obstáculos). O embate entre essas duas teses levou a análise, por Benjamin Constant, da "liberdade dos antigos comparada às dos modernos".

Pois bem. A análise da restringibilidade dos direitos fundamentais aqui desenvolvida terá como fundamento principal - como já tivemos oportunidade de realizar em outra ocasião⁷⁸⁵ - a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy⁷⁸⁶ e a doutrina de Virgílio Afonso da Silva⁷⁸⁷. Para tanto, é necessário lembrar rapidamente algumas premissas essenciais da doutrina de Alexy quanto à distinção entre regras e princípios e a estrutura geral das normas que garantem os direitos fundamentais (como normas que, via de regra, garantem um direito *prima facie*, ou seja, têm a estrutura de princípio):

- i. para a teoria dos direitos fundamentais, é imprescindível se estabelecer a distinção entre regras e princípios - sem isso não é possível nem se realizar um estudo adequado sobre restrições a direitos fundamentais, nem se chegar a uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem mesmo a uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico;
- ii. regras e princípios são normas, porque ambos dizem respeito ao que deve ser, ou seja, podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição; ambos são razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécies muito diferentes - portanto, *a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas*;
- iii. há ao menos três grandes teses sobre a distinção entre regras e princípios: uma que defende que, diante da diversidade existente, toda tentativa de diferenciar as normas nesses dois tipos de classes seria inócua; outra que, embora aceite a possibilidade desta divisão, afirma que a diferença entre as duas classes de normas é apenas de grau; e uma terceira que sustenta que a diferença entre as duas classes de normas não é apenas gradual, mas também *qualitativa* - esta última é a adotada por Alexy;
- iv. existe um critério que permite distinguir, de forma mais precisa, regras e princípios: princípios são *mandados de otimização*, ou seja, são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, de forma que princípios podem ser satisfeitos em graus variados e a medida devida de sua satisfação não depende só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (sendo estas últimas determinadas pelos princípios e regras colidentes); já as regras são normas que são ou satisfeitas ou não

⁷⁸⁵ GONTIJO, **O direito fundamental de acesso à justiça**. Trata-se da publicação da dissertação de mestrado da autora, apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade do Porto em 2014.

⁷⁸⁶ ALEXY, Robert, **Teoria dos direitos fundamentais**, 2ª. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁷⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da, **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, São Paulo: Malheiros Ed., 2010.

- satisfeitas (exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam), ou seja, que contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível;
- v. toda norma ou é uma regra ou é um princípio;
 - vi. as colisões entre princípios e os conflitos entre regras (ou seja, quando duas normas levam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si) demonstram com ainda mais clareza as diferenças entre as duas espécies de normas: a solução dos conflitos entre regras ocorre na dimensão da *validade* e das colisões entre princípios, na dimensão do *peso*;
 - vii. um conflito entre regras (quando algo é proibido de acordo com uma regra, mas permitido de acordo com outra) só pode ser solucionado de duas formas: ou pela introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou pela declaração de pelo menos uma das regras como inválida; no entanto, apenas afirmar a necessidade de se declarar a invalidade de uma regra quando não for possível inserir uma cláusula de exceção que elimine o conflito não indica qual das regras deverá ser invalidada - esse problema pode ser solucionado por meio de máximas como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi general*, além de também ser possível se proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito; mas, de qualquer forma, trata-se de uma decisão sobre a *validade*;
 - viii. já quando ocorre uma colisão entre princípios (quando algo é proibido de acordo com um princípio, mas permitido de acordo com outro), um dos princípios terá que ceder; no entanto, isso não significa nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção; o que acontece nesse caso é que um dos princípios terá precedência em face do outro sob determinadas condições: nos casos concretos os princípios têm pesos diferentes e o princípio com mais peso tem precedência;
 - ix. a precedência de determinado princípio - seu *peso* - deve ser analisada, como dito, no caso concreto; isso porque considerando os preceitos do direito constitucional moderno não existe nenhuma hipótese de precedência absoluta, abstrata, de nenhum princípio sobre o outro; dessa forma, a "tensão" deverá ser resolvida por meio de sopesamento entre os interesses conflitantes, cujo objetivo é exatamente definir qual dos interesses - *que abstratamente estão no mesmo nível* - tem maior peso no caso concreto;
 - x. o estabelecimento dessa relação de precedência, como dito, se dá no caso concreto, ou seja, a relação de precedência estabelecida entre os princípios é condicionada, com base nas circunstâncias do caso concreto (estabelecer, no caso concreto, as relações de precedências condicionadas entre os princípios significa fixar as condições sob as quais um princípio tem precedência sobre o outro - se essas

condições mudarem, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma diferente);

- xi. para se estabelecer sob quais condições qual dos princípios colidentes deve prevalecer e qual deve ceder, geralmente se utiliza a metáfora do peso, ou seja, em um caso concreto, um princípio (P1) terá um peso maior que o outro com o qual colide (P2) se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob aquelas condições presentes no caso concreto; o sopesamento consiste exatamente em aludir, no caso concreto, às condições de precedência e à fundamentação da tese segundo a qual, sob essas condições, P1 prevalece sobre P2;
- xii. a teoria das relações de precedência permite elaborar a seguinte lei sobre a conexão entre relações de preferências condicionadas e regras: as condições (C) sobre as quais um princípio (P1) tem precedência em face de outro (P2) constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência (essa é a *lei de colisão*, um dos fundamentos da teoria dos princípios de Alexy)⁷⁸⁸;
- xiii. regras e princípios também possuem distinto caráter *prima facie*;
- xiv. os princípios, enquanto mandados de otimização, não contêm um mandamento definitivo, apenas *prima facie*; os princípios apresentam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas, mas a forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é estabelecida pelo próprio princípio, ou seja, os princípios não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas;
- xv. já as regras, como exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, têm uma determinação de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas; essa determinação pode até falhar diante de impossibilidade jurídicas e fáticas, no entanto, se isso não ocorrer vale definitivamente aquilo que a regra prescreve⁷⁸⁹;

⁷⁸⁸ Vale citar a formulação utilizada por Robert Alexy (**Teoria dos direitos fundamentais**, p. 99): "Se um princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 **P** P2)C, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C → R."

⁷⁸⁹ Nesse ponto, Virgílio Afonso da Silva (**Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, São Paulo: Malheiros Ed., 2010, p. 45 e 46) propõe uma leitura simplificada da teoria de Alexy, consistente em se enxergar que a distinção entre regras e princípios se encontra na estrutura de direitos que essas normas garantem: enquanto nas regras são garantidos direitos (ou impostos deveres) definitivos, nos princípios são garantidos direitos (ou impostos deveres) *prima facie*; portanto, se um direito for garantido por uma norma com a estrutura de regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente se a regra for aplicável no caso concreto (ou seja, se não lhe for introduzida nenhuma cláusula de exceção), diferente do que acontece nos casos em que a garantia se dá por meio de normas com estrutura de princípios, uma vez que existe aí uma diferença entre o que é garantido ou imposto *prima facie* e o que é imposto ou garantido definitivamente.

- xvi. isso não quer dizer, no entanto, que os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie* e que as regras têm sempre um mesmo caráter definitivo - na verdade, o que ocorre é que regras e princípios têm diferente caráter *prima facie*;
- xvii. no caso das regras, como visto, existe a possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção quando da decisão do caso (e essa cláusula de exceção pode ser introduzida em virtude de um princípio) - se isso ocorre, a regra perde, para a decisão daquele caso, seu caráter definitivo; no entanto, o caráter *prima facie* que a regra adquire em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele caráter *prima facie* dos princípios;
- xviii. um princípio cede lugar quando, em determinado caso, confere-se peso maior a outro princípio antagônico; já uma regra não é superada simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra - para que a regra seja superada, também é necessário que sejam superados os denominados *princípios formais*, que estabelecem que *as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida*;
- xix. em um ordenamento jurídico, quanto maior o peso atribuído aos princípios formais, mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras - apenas se se deixasse de atribuir algum peso a esses princípios (o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras) é que regras e princípios teriam idêntico caráter *prima facie*;
- xx. de outro lado, mesmo com o fortalecimento do seu caráter *prima facie*, os princípios não alcançam um caráter *prima facie* como o das regras: o caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido pela introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classes de princípios, mas mesmo uma regra sobre ônus argumentativo não exclui a necessidade de definir as condições de precedência no caso concreto (ela apenas tem como consequência a necessidade de se dar precedência a um princípio em relação a outro se houver razões equivalentes em favor de ambos ou em caso de dúvidas); ou seja, o caráter *prima facie* das regras, que se baseia na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou decorrentes de uma prática reiterada continua a ser algo essencialmente diferente e muito mais forte.⁷⁹⁰
- xxi. Alexy defende a **aplicação da teoria dos princípios aos direitos fundamentais** (pensar-se a estrutura dos direitos fundamentais enquanto princípios)⁷⁹¹ ou, noutras

⁷⁹⁰ ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 85 a 144.

⁷⁹¹ É sabido que esta afirmação esconde um raciocínio um tanto mais complexo que, em razão dos limites deste trabalho, não se desenvolverá com maiores detalhamentos (já que a afirmação apresentada basta ao que se vai desenvolver). Mas, diga-se apenas que Alexy (**Teoria dos direitos**

palavras, Alexy sustenta que, em geral, os direitos fundamentais são garantidos por normas que consagram um direito *prima facie*⁷⁹².

Ultrapassadas essas premissas, há ainda um outro ponto que merece desenvolvimento antes de se tratar efetivamente da restringibilidade dos direitos fundamentais: é que para se entender a forma como ocorre a compatibilização entre direitos, e, por consequência, eventual procedimento de restrição dos direitos fundamentais ou o que deve ser feito quando esses direitos fundamentais entram em colisão, antes é necessário se compreender como ocorre a identificação do que o direito fundamental efetivamente tutela - *do que está ou não está inserido em seu âmbito de proteção*, razão pela qual, é necessário dedicar ainda algumas linhas às ideias sobre *suporte fático*.

De forma bastante incipiente, é possível entender o **suporte fático** como os atos ou fatos descritos por uma norma que, caso ocorram ou se realizem, dão azo a uma determinada consequência jurídica. Segundo Virgílio Afonso da Silva é possível definir o suporte fático da norma de direito fundamental a partir de quatro perguntas: (i) *o que é protegido?* A resposta a essa pergunta indica o *âmbito de proteção* do direito fundamental, ou seja, aquilo que é tutelado pela norma que garante o direito, podendo levar a duas configurações diversas: ou se inclui nesse âmbito toda ação, fato, estado e posição jurídica que contenham qualquer característica que, isoladamente considerada, insira-se no "âmbito temático de um direito fundamental" (suporte fático amplo) ou se mostra necessária alguma forma de "triagem" prévia para se excluir as condutas sabidamente proibidas dessa proteção (suporte fático restrito); (ii) *contra o que é protegido?* A resposta a esta pergunta identifica a *intervenção estatal*, de forma que o suporte fático só é preenchido (ativando a consequência jurídica) se o Estado intervier na esfera de liberdade protegida de um indivíduo; (iii) *qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer?* Em regra, a consequência jurídica é a exigência da cessação de uma intervenção (daí porque o elemento intervenção integra o conceito do suporte fático: porque só poderá haver a cessação se existir uma intervenção nesse âmbito); (iv) *o que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?*⁷⁹³

O modelo de suporte fático proposto por Alexy e Borowski é composto pela soma do âmbito de proteção (AP) e da intervenção estatal (IE); contrapõe-se a esse suporte fático a

fundamentais, p. 141 a 144) afirma que as disposições de direitos fundamentais têm caráter duplo - ou seja, por meio das disposições de direitos fundamentais são estatuídas duas espécies de normas: as regras e os princípios. Isso não significa, no entanto que as normas de direitos fundamentais compartilhem desse mesmo caráter duplo, pois, à partida, ou elas são regras (normalmente incompletas) ou são princípios; no entanto, quando tanto o nível de regras quanto o nível de princípios estiverem reunidos na mesma norma de direito fundamental, ela adquire o caráter duplo - essa vinculação de ambos os níveis acontece quando na norma é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípio, que, por isso, está sujeita a sopesamentos.

⁷⁹² SILVA, **Direitos fundamentais**, p. 139.

⁷⁹³ *Ibid.*, p. 65 a 73.

fundamentação constitucional, de forma que: considerando x uma ação, um estado ou uma posição jurídica, que é protegido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx), se houver uma ação estatal que intervenha em x (IEx) e se essa intervenção não for fundamentada (não-FCx), então deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma para o caso de x (CJx), que, em regra, é a exigência da cessão da intervenção estatal. O modelo pode ser resumido na seguinte fórmula: *se (APx e IEx) e não-FCx, então CJx*⁷⁹⁴. Virgílio Afonso da Silva, partindo desse modelo (que seria perfeitamente aplicável às liberdades públicas), propõe que se lhe faça uma alteração: incluir na definição de suporte fático não apenas (APx e IEx) mas também a própria ausência de fundamentação constitucional da intervenção estatal. O autor justifica: se o suporte fático é formado pelos elementos que, quando preenchidos, dão azo à realização do preceito da norma de direito fundamental, não basta a ocorrência do âmbito de proteção e da intervenção estatal para acionar a consequência jurídica do direito fundamental de liberdade, é necessário ainda que não exista fundamentação constitucional para essa intervenção estatal; isso porque se a intervenção estatal tiver fundamentação constitucional, não haverá uma violação, mas sim uma *restrição constitucional de direito fundamental* (impedindo, portanto, a ativação da consequência jurídica). Assim, propõe a adoção da seguinte fórmula alternativa: **se APx e não-FC(IEx), então CJx** (se x é algo garantido pelo âmbito de proteção de um direito fundamental (APx) e se não há fundamentação constitucional para uma ação estatal que intervém em x (não-FC(IEx)), então deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de x (CJx)).⁷⁹⁵

Dessa forma, considerando que as normas infraconstitucionais retiram seu fundamento de validade da Constituição, identificado o âmbito de proteção de um direito fundamental, uma atividade estatal que restrinja o que é por ele garantido *prima facie* só será legítima (e não acionará a consequência jurídica) e não violadora do direito fundamental se constitucionalmente autorizada ou fundamentada. Isso porque uma restrição a um direito fundamental não constitui um fim em si mesmo, mas tem propósito definido de solucionar conflitos entre direitos ou colisão entre um direito e um bem que se inter-relacionam, harmonizando internamente e de forma prática os direitos previstos constitucionalmente e convertendo o direito *prima facie* em direito definitivo.⁷⁹⁶

⁷⁹⁴ ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 302 a 307.

⁷⁹⁵ SILVA, **Direitos fundamentais**, p. 73 a 75.

⁷⁹⁶ GONTIJO, **O direito fundamental de acesso à justiça**, p. 44 e 45.

Mas a principal celeuma envolvendo o tema do suporte fático dos direitos fundamentais diz respeito à amplitude do conceito - as teorias existentes podem ser categorizadas em teorias do suporte fático restrito e teorias do suporte fático amplo.⁷⁹⁷

As teorias que defendem um *suporte fático restrito* para as normas de direito fundamental entendem que existem algumas ações, estados ou posições jurídicas que, muito embora, em abstrato, pudessem ser consideradas como acolhidas pelo âmbito de proteção daquelas normas, não são tuteladas. Ou seja, considera-se que ocorre uma exclusão *a priori* de determinadas situações do âmbito de proteção da norma - a grande questão que se enfrenta, no entanto, é exatamente definir quais são as situações que estão e quais são as que não estão abrangidas pelo âmbito de proteção das normas de direito fundamental. Existem várias teorias que buscam definir critérios minimamente objetivos para orientar e justificar essa atividade de "filtragem prévia"⁷⁹⁸ - mas o que é necessário apreender de pronto é que, em razão deste afastamento, de antemão, de condutas que abstratamente estariam contidas no âmbito de proteção do direito fundamental, qualquer uma das argumentações restritivas quanto ao suporte fático levam à inevitável redução (ou mesmo eliminação) da hipótese de restrição ao direito fundamental e da possibilidade de existir conflitos entre direitos ou colisões entre direitos e bens que se inter-relacionam ou mesmo da ocorrência de sopesamento de princípios⁷⁹⁹.

Já as teorias que defendem um *suporte fático amplo* para as normas de direitos fundamentais deslocam o foco da argumentação do âmbito de proteção para a fundamentação da intervenção no direito fundamental. Nesse contexto, não há exclusão *a priori* de determinadas condutas do âmbito de proteção do direito fundamental - isso porque definir o âmbito de proteção de um direito fundamental com base em uma teoria de suporte fático amplo é simplesmente definir aquilo que é protegido *prima facie* (que é diferente daquilo

⁷⁹⁷ Virgílio Afonso da Silva (**Direitos fundamentais**, p. 79) alerta que a decisão por um suporte fático amplo ou por um suporte fático restrito tem efeitos tanto na definição sobre como controlar as restrições aos direitos fundamentais quanto na fundamentação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

⁷⁹⁸ Virgílio Afonso da Silva (*Ibid.*, p. 83) assevera que as teorias sobre suporte fático restrito - embora diverjam quanto às estratégias e aos conceitos utilizados para definir o que deve e o que não deve ser excluído de antemão - costumam ter ao menos dois pontos em comum: a busca pela essência de determinado direito ou de determinada manifestação humana e a rejeição da ideia de colisão entre os direitos fundamentais. Adiante (fl. 97 e 98) afirma o autor: "(...) a principal dificuldade que qualquer teoria que pressupõe um suporte fático restrito para os direitos fundamentais tem que enfrentar é o método de definição desse suporte. Ou seja: com base em quais critérios condutas que, *prima facie*, poderiam ser consideradas como garantidas por algum direito poderão ser excluídas, em abstrato e em definitivo, dessa garantia. Poucos são os autores que se dedicam a desenvolver um método com esses objetivos. Em geral, as defesas de um suporte fático restrito baseiam-se pura e simplesmente em uma intuição, apoiada em exemplos em geral estapafúrdios, que tentam mostrar as supostas consequências da tese contrária, ou seja, da aceitação de um suporte fático amplo." Para análise das principais estratégias de definição do suporte fático no âmbito da teoria do suporte fático restrito, veja-se: SILVA, Virgílio Afonso da, **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, São Paulo: Malheiros Ed., 2010, p. 83 a 92).

⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. 80 e 81. GONTIJO, **O direito fundamental de acesso à justiça**, p. 45.

que é protegido definitivamente). Noutras palavras, independentemente de qualquer outra variável, o âmbito de proteção toca toda ação, estado ou posição jurídica que, isoladamente considerada, pertença ao "âmbito temático" do direito fundamental. Isso não quer dizer, de nenhuma forma, que as teorias de suporte fático amplo trabalham com direitos fundamentais absolutos - apenas indica que definir o âmbito de proteção como aquilo que é protegido *prima facie* é definir algo que poderá sofrer uma restrição posterior, a qual será válida e legítima (ou seja, não configurará uma violação ao direito fundamental), se constitucionalmente fundamentada. Verifica-se, portanto, que na teoria do suporte fático amplo alarga-se não apenas a concepção do âmbito de proteção, mas também a de intervenção estatal. Isso porque se a definição do que é protegido definitivamente pelo direito fundamental vai depender da constitucionalidade ou não constitucionalidade da restrição que o atinge (sendo que no último caso se configura uma violação), essa proteção tende a ser mais efetiva quanto mais alargado for o conceito de âmbito de proteção e de intervenção estatal. Com efeito, se ambos os elementos são amplos (sem exclusão *a priori* de nenhuma situação do âmbito de proteção e considerando intervenção toda e qualquer potencial restrição ao direito fundamental - das mínimas regulamentações na forma de exercício às mais intensas restrições no conteúdo do direito), qualquer intervenção restritiva deverá necessariamente estar amparada em contundente fundamentação para demonstrar seu amparo constitucional, sob pena de ser considerada violação ao direito.⁸⁰⁰

Neste estudo - seguindo inclusive o que já escrevemos antes sobre o tema - a concepção de suporte fático adotada é a ampla, acompanhando a doutrina de Alexy⁸⁰¹ e de Virgílio Afonso da Silva⁸⁰². Com isso, são maiores as exigências de fundamentação para justificar qualquer tipo de intervenção estatal no âmbito de proteção do direito, criando assim, uma maior proteção para o direito fundamental.

Dito isso, é chegada a hora, pois, de adentrar especificamente o estudo das restrições dos direitos fundamentais. Há duas teorias principais sobre o tema: a teoria interna e a teoria externa. De forma bem simples e basilar: enquanto na primeira concepção se entende que

⁸⁰⁰ SILVA, **Direitos fundamentais**, p. 108 a 113. GONTIJO, **O direito fundamental de acesso à justiça**, p. 45 e 46. Alexy (**Teoria dos direitos fundamentais**, p. 322 e 323) afirma que uma teoria ampla do suporte fático inclui no âmbito de proteção de cada princípio tudo aquilo que milite em favor de sua proteção - existem algumas regras referentes à forma pela qual podem ocorrer essa inclusão no âmbito de proteção e no suporte fático, mas o autor destaca duas por sua importância: (i) tudo aquilo que apresentar uma característica que - considerada isoladamente - seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico, não importa que outras características estiverem presentes; e (ii) no campo semântico dos conceitos de suporte fático devem ser adotadas interpretações amplas. Alexy defende que no suporte fático composto pelo bem protegido e pela intervenção extensão do suporte fático não depende apenas da extensão do conceito de bem protegido, mas também da extensão do conceito de intervenção - dessa forma, a regra (ii) exige um conceito amplo de intervenção.

⁸⁰¹ ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 309 e 321 a 332.

⁸⁰² SILVA, **Direitos fundamentais**, p. 123 a 125.

são semelhantes do âmbito de proteção e o âmbito de garantia efetivo dos direitos fundamentais, na segunda, defende-se que não são.

De fato, de acordo com a **teoria interna**, o direito com um determinado conteúdo existe como uma unidade - substituindo-se aqui o conceito de restrição pelo conceito de limite; o direito e seus limites, pois, constituem uma unidade⁸⁰³. Ou seja, parte-se do pressuposto de que a definição dos limites de cada direito é um processo interno, de forma que a fixação desses limites não sofre nenhuma influência de outros aspectos externos, nem mesmo de colisões com outros direitos. E, sendo assim, em termos de estrutura normativa, os direitos definidos a partir da concepção da teoria interna têm a estrutura de regras, uma vez que a definição do conteúdo do direito é feita *a priori*, não havendo distinção entre o direito garantido *prima facie* (o âmbito de proteção) e o direito definitivo (o âmbito de garantia efetivo). Por consequência, esses direitos não são passíveis de sopesamento⁸⁰⁴; e, como sob esta concepção a restrição dos direitos fundamentais é logicamente impossível, um ato de poder constituído que afete restritivamente esses direitos só pode assumir as formas de concretização, de revelação, de delimitação ou de conformação dos conteúdos. No âmbito da teoria interna, repise-se, não há que se falar em restrição ao direito fundamental: entende-se que todo direito fundamental tem conteúdo previamente fixado na Constituição, muito embora sua delimitação (fronteiras / limites) nem sempre seja evidente - cabe ao intérprete, ao legislador ordinário ou ao juiz revelar ou determinar essas fronteiras e, feito isso, apenas

⁸⁰³ Socorre-se das lições de Reis Novais (**As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 313 e 314) - lembrando que o autor parte da ideia de um suporte fático restrito dos direitos fundamentais: "Esta concepção funda-se, portanto, numa relação de imanência ou de unidade entre conteúdo e limites de um direito fundamental e na consequente inseparabilidade entre lei conformadora de conteúdo e lei delimitadora do âmbito de proteção de um direito fundamental. Enquanto direitos individuais e direitos subjectivos públicos, os direitos fundamentais só podem ir até onde não lesem outros bens jurídicos de valor igual ou superior e, daí, a necessidade de lei delimitadora; por outro lado, o seu carácter institucional determina a necessidade de lei conformadora. Mas, num e noutro caso, aquilo que existe é conformação, revelação e concretização de conteúdo e limites em função do sistema de valores já escalonado pela própria Constituição e não verdadeira restrição. Os limites não são elementos 'externos' legitimadores de intervenções ablativas no conteúdo dos direitos fundamentais, mas sim concretizações da substância jurídica, fronteiras do seu âmbito de garantia constitucional, reveladas a partir 'de dentro' do direito, ou seja, 'limites imanentes' aos direitos fundamentais cuja eventual positivação, na qualidade de elementos negativos da sua previsão normativa, tem um carácter meramente declarativo. A legislação feita com base nas reservas não trataria, com efeito, de constituir limites, mas de interpretar ou revelar as fronteiras do conteúdo constitucional dos direitos fundamentais. Neste sentido, na teoria de Häberle desaparece a figura da restrição legítima a um direito fundamental. É que os interesses de liberdade do indivíduo só são constitucionalmente relevantes quando se mantêm dentro dos limites imanentes essenciais dos direitos fundamentais, isto é, dos limites inerentes à sua função social e natureza institucional. Logo, no exterior dessas fronteiras não é ativada a protecção jusfundamental por que não há já, aí, direito fundamental; em contrapartida, no seu interior, ou seja, dentro dos limites demarcados por aquela relação de imanência, qualquer intervenção é lesão, violação do direito fundamental e não restrição."

⁸⁰⁴ SILVA, **Direitos fundamentais**, p. 129 e 130.

duas soluções são possíveis: ou o conteúdo da norma é respeitado ou é violado^{805 806}. Como parece intuitivo, a grande questão referente à teoria interna (assim como ocorre com a teoria do suporte fático restrito) é a definição do que está e do que não está incluído na delimitação do direito fundamental.⁸⁰⁷

A **teoria externa**, por sua vez, pressupõe que existem, de forma separada, o direito e sua restrição - e, sendo assim, em primeiro lugar existe o *direito em si*, não restringido, e, em segundo lugar, o *direito restringido*, ou seja, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição. Embora reconheça que em um ordenamento jurídico os direitos via de regra

⁸⁰⁵ NOVAIS, **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 317 e 318.

⁸⁰⁶ Uma das principais expoentes da concepção da teoria interna, que considera o direito e seus limites como uma unidade, é a **teoria dos limites imanentes**, sobre a qual já tivemos oportunidade de escrever (GONTIJO, **O direito fundamental de acesso à justiça**, p. 48 e 49) - segundo tal teoria os limites dos direitos fundamentais estariam definidos implícita ou explicitamente pela Constituição (como os limites enformam a essência do direito, cabe à interpretação constitucional revelar a delimitação de seus contornos, declarando os limites previamente existentes). No entanto, assim como ocorre com o suporte fático restrito, o grande impasse referente à teoria interna é a definição do que é protegido (daquilo que está dentro dos limites imanentes) e do que não é protegido. Vieira de Andrade (**Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, p. 267 e 271 a 283), embora defenda que a delimitação do âmbito normativo de um direito fundamental opera-se por meio dos limites imanentes, entende que a restrição do conteúdo de um direito previamente delimitado (possibilitada por uma autorização constitucional dada ao legislador ordinário) só pode ser reduzida aos casos expressamente previstos na Constituição, desde que sejam admitidas categorias autônomas de 'leis interpretativas' e 'harmonizadoras', diferentes das 'leis restritivas' quanto ao conteúdo, ao grau de vinculação legislativa à norma constitucional e quanto à intensidade do respectivo controle judicial. Jorge Miranda (**Manual de direito constitucional. T. 4: Direitos fundamentais**, p. 372) admite a existência de restrições implícitas derivadas da necessidade de se salvaguardarem outros "interesses constitucionalmente protegidos" e fundadas em princípios constitucionais paralelos aos que alicerçam as restrições expressas. No entanto, vale ressaltar que Gomes Canotilho (**Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1281 e 1282) utiliza o termo 'limites imanentes' com uma conotação diferente da que aqui se apresenta - ao mesmo tempo em que admite a existência de limites imanentes, o autor assume a possibilidade de existência de restrições externas. O constitucionalista assevera que não basta recorrer à ideia de limites imanentes para se justificar uma concepção restritiva do *Tatbestand* de um direito - o impasse para adoção de todos os pressupostos da teoria interna reside no fato de que o direito garantido por uma norma constitucional como direito, liberdade e garantia "insuscetível de restrições" é realmente, *prima facie*, um direito sem reserva de restrições. No entanto, posteriormente, através da ponderação de princípios constitucionais, é possível se chegar à necessidade de uma otimização racional, controlável, adequada e contextual dos diversos princípios jurídico-constitucionais. Essa ponderação é possível, porque os princípios contêm dimensões objetivas que possibilitam a ponderação de bens jurídico-constitucionais efetuada a partir da própria constituição, ponderação esta que se assenta nas seguintes ideias: (i) entre as normas constitucionais não há hierarquia normativa material; (ii) a ponderação é feita entre bens constitucionais reconhecidos (e não entre valores extraconstitucionais); (iii) a otimização dos bens constitucionais, produzida a partir da ponderação, não pressupõe o exercício abusivo, arbitrário ou inespecífico de um direito, fora do seu âmbito de proteção. Ou seja, os chamados 'limites imanentes' são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito protetivo de um direito, liberdade e garantia.' Nesse sentido e apresentando críticas à utilização do termo 'imaneente' para um limite que surge com o caso concreto (e dele depende) e 'limites' para uma restrição ocorrida *a posteriori*, veja-se, ainda: SILVA, **Direitos fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (**Direitos fundamentais**, p. 166 e 167)."

⁸⁰⁷ Sobre o tema, veja-se: SILVA, **Direitos fundamentais**, p. 130 a 133; NOVAIS, **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 318 a 322; ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, p. 271 a 283.

assumam a forma de direitos restringidos, essa teoria admite que eles são concebíveis sem restrições - daí que para a teoria externa não exista nenhuma relação necessária entre o conceito de direito e o conceito de restrição; essa relação só surge a partir de uma necessidade externa ao direito em si de se conciliar com os direitos dos diversos indivíduos e os direitos individuais e interesses coletivos.⁸⁰⁸ Noutras palavras, a teoria externa não pressupõe a identidade entre o *âmbito de proteção* de um direito fundamental e seu *âmbito de garantia efetivo*⁸⁰⁹: entende que identificados os contornos jurídicos de um direito fundamental (seu âmbito de proteção), podem ocorrer restrições, ou seja, atuações estatais que afetem de forma desvantajosa o bem de proteção, e o que resta do âmbito de proteção após essas restrições legítimas é o âmbito de garantia efetivo, relativamente ao qual qualquer ação desvantajosa será considerada como ilegítima ou violadora do direito fundamental.⁸¹⁰

811

Daí que: (i) se se entende a concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas, geralmente se afasta a teoria externa; (ii) se se entende a concepção dos direitos fundamentais como posições *prima facie*, normalmente se desconsidera a teoria interna. E, logo, apenas faz sentido se falar em restrição de direitos no âmbito da teoria externa (que garante posições *prima facie*); no âmbito da teoria interna, há o reconhecimento de posições definitivas, de forma que o tratamento é sobre os limites do direito.^{812 813} De fato, somente sob o paradigma da distinção entre o que é protegido *prima facie* e o que é protegido definitivamente é possível se falar em restrição do direito fundamental e, por consequência, chegar-se ao sopesamento como forma da solução de colisões dos direitos fundamentais e

⁸⁰⁸ ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 277.

⁸⁰⁹ NOVAIS, Jorge Reis, **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 299 e 300.

⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 298 e 304. Destaca o autor que o modelo da teoria externa é essencialmente garantístico, orientado para o controle das restrições aos direitos fundamentais, isto é, um controle que, desencadeado pela presença de uma intervenção estatal no âmbito de proteção de um direito fundamental, se destina a verificar se tal intervenção tem justificação constitucional (vale lembrar que, para sua análise, o autor parte da ideia de um suporte fático restrito do direito fundamental).

⁸¹¹ Para análise das críticas à teoria externa, remete-se a: SILVA, **Direitos fundamentais**, p. 143 a 156, NOVAIS, **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 307 a 309.

⁸¹² ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 276 a 280.

⁸¹³ Virgílio Afonso da Silva (**Direitos fundamentais**, p. 158 e 159) alerta que a dicotomia suporte fático restrito x suporte fático amplo e a oposição entre teoria interna e teoria externa não são sinônimas - ou seja, defender um suporte fático restrito dos direitos fundamentais não significa necessariamente assumir como correta a teoria interna, da forma que sustentar um suporte fático amplo não significa aceitar a teoria externa. Isso porque metodologicamente falar em extensão do suporte fático não implica falar na forma de relação entre o direito e suas restrições. Na verdade, assevera o autor que a tendência, nos países que discutem o problema dos direitos fundamentais sob esta perspectiva, é muito maior no sentido de se aceitar uma teoria externa e, ao mesmo tempo, defender um suporte fático restrito do que as combinações duais que podem parecer mais intuitivas (restritivo / interna e amplo / externa).

à regra da proporcionalidade⁸¹⁴ - ou seja, nestas hipóteses o direito protegido definitivamente não é definido *a priori*, apenas sendo identificado no caso concreto, após sopesamento ou, se for o caso, aplicação da regra de proporcionalidade (é definido, portanto, com auxílio de elementos externos, a partir das condições fáticas e jurídicas existentes).

Alexy conceitua **restrições a direitos fundamentais como normas que restringem uma posição *prima facie* do direito fundamental** - e é exatamente em razão desta diferenciação entre o direito protegido *prima facie* e o direito definitivo (que se aproxima da distinção entre âmbito de proteção e âmbito de garantia efetivo da teoria externa) é que se costuma afirmar que **a teoria de Alexy sobre os direitos fundamentais (ou teoria dos princípios) está dentre aquelas elaboradas sob concepção externa**.⁸¹⁵ Quanto ao conceito de restrição aos direitos fundamentais, o autor afirma que, a par do seu caráter circular (já que usa o conceito de restrição para definir restrição a direito fundamental), há o ganho de se estabelecer que as restrições aos direitos fundamentais são *normas*. Daí ser possível avançar no sentido de se identificar o que é necessário para que normas possam atuar como restrições a direitos fundamentais: (i) uma norma só pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição; (ii) normas de competência (aquelas que fundamentam a competência do Estado para criar outras normas), em especial

⁸¹⁴ Nesse sentido, já tivemos oportunidade de escrever (**O direito fundamental de acesso à justiça**, p. 51): "Considerando-se que nas teorias que pressupõem a existência de limites imanes não existe a distinção entre o conteúdo *prima facie* e o conteúdo definitivo de um direito fundamental, já que os limites de cada direito são definidos internamente e não há a possibilidade de restrições externas, é patente a incompatibilidade entre a ideia de limites imanes e a exigência de sopesamento, que, ao final, seria inclusive desnecessário, já que a teoria interna faz com que as colisões supostamente deixem de existir."

⁸¹⁵ Este é o entendimento de Virgílio Afonso da Silva (**Direitos fundamentais**, p. 139 e 140), também adotado neste trabalho - segundo o autor, a correlação apresentada pode ser explicada da seguinte forma: (i) pela teoria de Alexy, via de regra, os direitos fundamentais são garantidos por normas com estrutura de princípios, ou seja, por uma norma que consagra um direito *prima facie*; (ii) um princípio, compreendido como mandado de otimização, é *prima facie* ilimitado; entretanto - considerando que não existem direitos fundamentais absolutos - o próprio conceito de mandado de otimização já pressupõe que a realização de um princípio pode ser restringida por princípio colidentes; (iii) uma norma com a estrutura de princípio que consagra um direito fundamental consagra, portanto, um direito *prima facie* que, como visto, tem suporte fático amplo implicando, dentre outras, a possibilidade de restrição a esse direito quando ocorrer uma situação de colisão com outras normas (normas estas, portanto, que consistiriam em restrições ao direito fundamental garantido por aquele princípio) - desta forma, é possível se vislumbrar na teoria de Alexy a distinção entre direito *prima facie* e direito definitivo, a mesma que a teoria externa pressupõe. Ressalte-se, no entanto, que o entendimento não é unânime. Jorge Reis Novais (**As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 322 a 353) entende que a teoria de Alexy é autônoma das teorias interna e externa - destaque-se o seguinte raciocínio (p. 340): "Logo, os limites ou restrições dos direitos fundamentais nem seriam criações dos poderes constituídos apostas, de fora, aos direitos fundamentais com base em autorização constitucional - como pretendia a teoria externa -, nem seriam concretizações de limites imanes já contidos nos direitos fundamentais, como entendia a teoria interna. É, antes, a própria natureza das normas de direitos fundamentais enquanto princípios que fundamenta a possibilidade de cedência, de restrição, de conversão de um direito *prima facie* em não-direito definitivo, como resultado de uma ponderação com princípios opostos que apresentem, no caso concreto, um maior peso. Como diz Alexy, existe limitação sempre que no lugar de um direito fundamental concedido *prima facie* se coloca um não direito definitivo."

as estabelecidas por meio das reservas legais constitucionais (que autorizam o legislador a estabelecer restrições ao direito fundamental) não restringem os direitos fundamentais, apenas *fundamentam a sua restringibilidade*, ou seja, fundamentam a *possibilidade jurídica* das restrições; (iii) normas mandatórias e proibitivas dirigidas ao cidadão⁸¹⁶ podem atuar como restrições aos direitos fundamentais - essas normas podem assumir a forma de regras ou de princípios; (iv) uma regra (compatível com a Constituição) é uma restrição a um direito fundamental se, quando entra em vigor, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie* faz surgir uma não-liberdade definitiva, ou um não-direito definitivo de igual conteúdo⁸¹⁷; (v) um princípio é uma restrição a um direito

⁸¹⁶ Alexy (**Teoria dos direitos fundamentais**, p. 282 e 283) destaca que esse mesmo raciocínio pode ser aplicável, em sua essência, a outras espécies de normas, como as que restringem ou eliminam competências dos cidadãos.

⁸¹⁷ Um exemplo ilustrativo: antes da regra da obrigatoriedade de usar cinto de segurança, o titular do direito fundamental tinha liberdade geral de usar ou não o cinto de segurança - quando o dever passa a existir, o titular passa a estar em uma situação de não-liberdade definitiva em face do Estado, quanto a usar ou não cinto de segurança. A par de outras classificações cabíveis, Alexy (**Teoria dos direitos fundamentais**, p. 286 a 291) sublinha que **as restrições podem ser direta ou indiretamente constitucionais** (respectivamente, são as restrições de hierarquia constitucional e infraconstitucional). No âmbito das **restrições diretamente constitucionais**, torna-se imprescindível a distinção entre **restrição** e **cláusula restritiva**: enquanto a primeira pertence à perspectiva do direito, a segunda pertence à perspectiva da normas. Uma cláusula restritiva - que pode ser escrita ou não - é parte de uma norma de direito fundamental completa, que diz como aquilo que, *prima facie*, é garantido pelo suporte fático do direito fundamental foi ou pode ser restringido. O autor cita como exemplo de cláusula restritiva escrita diretamente constitucional a expressão "pacificamente e sem armas" utilizada na previsão constitucional do direito de reunião na Constituição alemã - nesse caso, a cláusula funciona como a formulação resumida de uma regra, transformando os direitos *prima facie* da liberdade de reunião em não-direitos definitivos (a regra expressa pela cláusula restringe a realização de um princípio constitucional; a peculiaridade é que foi o próprio constituinte a estabelecer a restrição definitiva). Quanto a este ponto, vale citar as palavras do autor sobre se a expressão deve ser considerada uma cláusula restritiva ou parte do suporte fático da liberdade de reunião: "No caso de algumas cláusulas é questionável se são cláusulas restritivas ou parte do suporte fático. O paradigma é a expressão 'pacificamente e sem armas', no artigo 8º, § 1º, da Constituição alemã. É muito difundida a concepção segundo a qual, no caso de uma tal cláusula, trata-se 'não de uma restrição ao direito fundamental, mas de uma descrição diretamente constitucional da extensão substancial da proteção do dispositivo de direito fundamental'. Se se parte apenas do teor do texto normativo, essa expressão pode ser interpretada tanto como uma parte do suporte fático quanto como a formulação de uma cláusula restritiva. No primeiro caso o caráter pacífico e a ausência de armas são encarados como condições para que se dê ensejo à proteção constitucional; no segundo caso a cláusula expressa de forma negativa (nem não-pacífica, nem com armas) as condições para a exclusão da proteção constitucional. Com isso fica claro que uma decisão sobre o caráter restritivo não é possível somente a partir do nível do texto normativo. Uma decisão seria possível caso se concordasse com a tese segundo a qual as restrições estabelecidas pelo constituinte não são restrições, mas apenas descrições daquilo que é protegido. Isso teria como consequência a inexistência de restrições diretamente constitucionais. Nesse caso, todas as restrições diretamente constitucionais seriam apenas descrições do conteúdo daquilo que é protegido - exatamente como sugerido pela teoria interna - e poderiam, por isso, ser consideradas como ' imanentes'. Contudo, uma tal interpretação não é obrigatória por razões conceituais e nem são desejáveis suas consequências. A cláusula ' pacificamente e sem armas' pode ser interpretada como uma formulação resumida de uma regra, que transforma os direitos *prima facie* decorrentes do princípio da liberdade de reunião e não direitos definitivos. Isso corresponde exatamente à definição de restrição fornecida acima. A regra expressa pela cláusula restringe a realização de um princípio constitucional. sua peculiaridade consiste no fato de que foi o próprio constituinte que estabeleceu a restrição definitiva. A disposição constitucional tem, nesse sentido, a natureza de regra. Mas, por trás do nível da regra, o nível do princípio mantém sua

fundamental quando ele é uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo.^{818 819}

Noutras palavras, considerando que as restrições aos direitos fundamentais se dão por meio de normas, elas podem, portanto, tomar a forma de regras ou de princípios. As *restrições por meio de regras* proíbem determinada conduta que é permitida *prima facie* por um direito fundamental ou autorizam alguma ação estatal que tem como consequência a restrição da proteção *prima facie* de um direito fundamental. Muito embora esses casos tendam a ser encarados como colisão entre um princípio e uma regra, na verdade na maioria das vezes essa colisão é apenas aparente, uma vez que a regra traduz o resultado de um processo de restrição ao princípio, ou seja, a regra é o resultado de um sopesamento de princípios feito previamente pelo legislador. Mas pode ocorrer de, em uma determinada situação, um colisão entre princípios ainda não ter sido objeto de ponderação pelo legislador, caso em que não haverá, portanto, regra que a solucione. Nessa hipótese - que pode ser denominada de *restrição baseada em princípio*⁸²⁰ -, então, caberá ao juiz, atentando às

importância. Se está claro que uma reunião não é pacífica, ela não goza da proteção do artigo 8º. No entanto, para se avaliar se uma reunião não é pacífica é necessária, em todos os casos duvidosos, uma interpretação do conceito de não-pacificidade. No âmbito desta interpretação é sempre também necessário um sopesamento entre o princípio constitucional da liberdade de reunião e os princípios com ele colidentes, os quais deram ensejo a que o constituinte estabelecesse a cláusula restritiva definitiva diretamente constitucional. Isso mostra que a cláusula nada mais é que uma decisão do constituinte a favor de determinadas razões contra a proteção constitucional. Essas razões contra a proteção constitucional - não importa como estejam individualmente constituídas - pertencem, contudo, ao âmbito das restrições. Se se abre mão dessa forma de compreender a questão, haveria o perigo de que o jogo de razões e contra-razões fosse substituído por compreensões mais ou menos intuitivas." Alexy ainda destaca que os problemas referentes ao caráter restritivo da cláusula "pacificamente e sem armas" derivam essencialmente do fato de que a cláusula é parte do enunciado que garante o direito fundamental - quando a cláusula restritiva encontra-se, por exemplo, em um parágrafo à parte, sua identificação é menos questionada. As **restrições indiretamente constitucionais**, por outro lado, são aquelas que a Constituição autoriza alguém a estabelecer (como ocorre, por exemplo, nas cláusulas de reserva explícitas - no entanto, é cediço que a competência para impor restrições não ocorre apenas quando a ela se faz menção expressa, também surgindo sempre que se faz menção a leis ordinárias como forma de restrição, consideradas cláusulas de reserva implícitas).

⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 281 a 285.

⁸¹⁹ Virgílio Afonso da Silva (**Direitos fundamentais**, p. 138) acrescenta que restrições, qualquer que seja sua natureza, não têm qualquer influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir seu exercício.

⁸²⁰ Sobre as restrições baseadas em princípios, vale transcrever as palavras de Virgílio Afonso da Silva (**Direitos fundamentais**, p. 142 e 143): "Materialmente falando, as restrições aos direitos fundamentais são sempre baseadas em princípios. Como foi visto acima e já foi diversamente repetido neste trabalho, as restrições a direitos fundamentais ocorrem porque dois ou mais princípios - com suporte fático amplo - se chocam. A solução dessa colisão sempre implica uma restrição a pelo menos um dos princípios envolvidos. *Formalmente*, no entanto, a restrição poderá ocorrer de formas diversas. Acima já se viu que, em geral, as restrições a direitos fundamentais são expressados por meio de regras presentes na legislação infraconstitucional. Mas pode ser que não haja regra alguma disciplina a colisão entre dois princípios. Em outras palavras: pode ser que uma dada situação de colisão ainda não tenha sido objeto de ponderação por parte do legislador."

especificidades do caso concreto, resolver a colisão e determinar qual dos princípios deverá prevalecer. Dessa forma, também nessa situação haverá restrição ao direito fundamental garantido pelo princípio que cedeu espaço ao outro, no entanto, essa restrição não encontra fundamento em uma regra da legislação, mas sim na competência do juiz de decidir aquele caso concreto - noutras palavras, essas restrições baseadas em princípios são efetivadas por meio de decisões judiciais.⁸²¹

Na Constituição alemã existe uma aparente **restrição à restringibilidade dos direitos fundamentais**, prevista em seu artigo 19, § 2º, segundo o qual em nenhum caso o direito fundamental poderá ser violado em seu **conteúdo essencial**. Existem algumas teorias sobre conteúdo essencial, que podem ser sistematizadas em (i) *subjetiva ou objetiva* e (ii) *absoluta ou relativa*. A *teoria objetiva* relaciona a garantia do conteúdo essencial a uma situação objetiva de regulação; seguindo essa teoria, entende-se que não é admissível que a validade de uma disposição constitucional seja reduzida de tal forma que a torne insignificante para todos os indivíduos ou para a maior parte deles ou para a vida social. Por outro lado, a *teoria subjetiva* relaciona a garantia do conteúdo essencial a uma situação subjetiva de regulação constitucional, ou seja, entende que a proibição da afetação do conteúdo essencial do direito fundamental diz respeito a uma posição de direito fundamental individual. As teorias subjetivas do conteúdo essencial podem ser absolutas ou relativas. Pela *teoria relativa*, o conteúdo essencial não é definido de forma fixa e *a priori*, mas sim de acordo com as condições fáticas e com as colisões entre os diversos direitos e interesses no caso concreto; noutras palavras, o conteúdo é o que resta após o sopesamento - dessa forma, as restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial (mesmo que, no caso concreto, nada restar do direito fundamental). E, sendo assim, para a teoria relativa, o conteúdo essencial de um direito fundamental não será sempre o mesmo, podendo variar a depender dos direitos envolvidos em cada caso⁸²². Pela *teoria absoluta*, por outro lado, cada direito fundamental tem um núcleo, no qual em nenhuma hipótese é possível intervir⁸²³. Alexy propende à correção da teoria relativa: argumenta que uma teoria absoluta do conteúdo essencial não pode afirmar que razões mais importantes não prevalecem sobre aquele conteúdo, mas apenas que não existem razões mais importantes - e quando afirma que há posições em relação às quais não há razões mais importantes que justifiquem sua restrição, a teoria absoluta está correta mas *apenas na medida em que se apoia na teoria relativa*, no sentido de que quanto mais restringido um

⁸²¹ *Ibid.*, p. 141 a 143.

⁸²² *Ibid.*, p. 196.

⁸²³ E como lembra Virgílio Afonso da Silva (*Ibid.*, p. 187 e 188), a grande questão referente a esse tema, assim como nos modelos de suporte fático restrito e da teoria interna, é a definição do que pertence a esse núcleo.

princípio é, mais resistente ele fica, de forma que, nesses casos, a força da razão contraposta tem que crescer de forma substancial para prevalecer - daí ser possível se dizer que existem condições sob as quais é possível afirmar, com grande segurança, que nenhum princípio colidente prevalecerá. Mas isso é apenas uma perspectiva do que geralmente acontece, apoiada na relação entre os princípios envolvidos, não permite excluir uma situação em que os princípios contrapostos prevaleçam - a partir de uma perspectiva de direito constitucional não se admite a existência de direitos que não são relativizados nem mesmo sob circunstâncias mais extremas.⁸²⁴ Com isso, o autor conclui que a obrigatoriedade de proteção do conteúdo essencial acaba não adicionando nenhum limite à restringibilidade dos direitos fundamentais para além daqueles decorrentes da máxima da proporcionalidade (acaba funcionando apenas como mais uma razão a favor da vigência desta máxima).⁸²⁵

No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva aponta que, muito embora existam diversas formas de se determinar o conteúdo essencial de um direito fundamental a partir de uma perspectiva relativista, a principal delas é a que alia essa definição à regra da proporcionalidade: a partir desta concepção, a garantia do conteúdo essencial dos direitos

⁸²⁴ O autor (*Ibid.*, p. 300 e 301) chega a esta conclusão refletindo sobre um caso em que o Tribunal Constitucional alemão, ao tratar sobre gravações secretas, entendeu o conteúdo essencial da vida privada sob a ótica da teoria absoluta - *BVerfGE* 34, 238 (245); neste julgamento, o Tribunal estabeleceu que nem interesses preponderantes da sociedade poderiam justificar uma intervenção na esfera nuclear da esfera privada, que seria protegida de forma absoluta, não havendo sequer espaço para sopesamento e aplicação da máxima da proporcionalidade - daí Alexy avaliou o seguinte: (i) nem mesmo interesses significativos da coletividade devem poder justificar uma intervenção no núcleo absolutamente protegido da configuração da vida privada; (ii) se os interesses da coletividade têm, a partir de uma perspectiva *do direito constitucional*, um peso maior que o da proteção da configuração da vida privada, então esses interesses necessariamente ultrapassam essa proteção; (iii) se os interesses da coletividade tiverem um peso maior que o da proteção da configuração da vida privada a partir de outra perspectiva, não podem ultrapassar a proteção, que, em virtude da Constituição, é obrigatória (e não importa aqui se pressupõe uma teoria absoluta ou relativa); (iv) daí que uma teoria absoluta do conteúdo essencial não pode afirmar que razões mais importantes não prevalecem sobre aquele conteúdo, mas apenas que não existem razões mais importantes. Cite-se as palavras do autor, em prosseguimento: "Quando a teoria absoluta afirma que há posições em relação às quais não há razões mais importantes que justifiquem sua restrição, ela está, em certa medida, correta. No entanto, está correta exatamente na medida em que se apoia na teoria relativa. Acima foi demonstrado que, quanto mais um princípio é restringido, mais ele fica resistente. A força das razões contrapostas tem que crescer de forma sobreproporcional. Isso corresponde à lei da taxa marginal decrescente de substituição, representável por meio de curvas de indiferenças. Nesse sentido, há condições sobre as quais é possível afirmar com enorme segurança que nenhum princípio colidente prevalecerá. Essas condições definem o 'âmbito nuclear de configuração da vida privada'. Mas o caráter absoluto dessa proteção permanece como uma questão que diz respeito à relação entre os princípios envolvidos. Assim, não é possível excluir uma constelação na qual os princípios contrapostos prevaleçam. Contudo, a segurança da proteção é tão grande que, em condições normais, é possível falar em proteção absoluta. Mas não se pode perder de vista o fundamento relativo dessa proteção. A extensão da proteção 'absoluta' depende de relações entre princípios. A impressão de que ela poderia ser identificada direta ou intuitivamente, independentemente de sopesamentos, decorre da segurança na relação entre princípios. A convicção de que existem direitos que não são relativizados nem mesmo sob circunstâncias as mais extremas - e apenas esses direitos são direitos genuinamente absolutos - pode ser defendida como vinculante pelo indivíduo que tem a liberdade de se sacrificar em nome de determinadas máximas, mas não pode ser válida a partir da perspectiva do direito constitucional."

⁸²⁵ *Ibid.*, p. 295 a 301.

fundamentais é apenas consequência da aplicação das regras da proporcionalidade nos casos de restrições a esses direitos - ou, noutras palavras, *restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos*. Nesse contexto, a definição do conteúdo essencial é relativa, uma vez que a delimitação desse conteúdo considera, além da intensidade da restrição, também os graus de realização e de importância de outros princípios envolvidos no problema. Assim, uma restrição leve sem fundamentação constitucional pode ser encarada como violadora do conteúdo essencial de um direito fundamental, enquanto uma restrição intensa constitucionalmente fundamentada não.⁸²⁶

E, sendo assim, considerando-se que a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é uma simples decorrência do respeito à máxima da proporcionalidade é possível concluir que: (i) qualquer dispositivo constitucional que expressamente determine o respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais tem valor meramente declaratório (função simbólica); e (ii) logo, nos ordenamentos constitucionais, como o brasileiro, em que não existe previsão expressa nesse sentido, a exigência de proteção ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais não necessita de fundamentação que ultrapasse a simples aceitação da regra de proporcionalidade.⁸²⁷

Diante de todo o exposto, cabe **estabelecer as seguintes premissas sobre os direitos fundamentais e a questão de sua restringibilidade:**

- i. nenhum direito fundamental é absoluto;
- ii. as normas de direito fundamental, via de regra, consagram um direito *prima facie*;
- iii. o suporte fático de um direito fundamental são os elementos que, quando preenchidos, dão azo à realização do preceito da norma de direito fundamental (ou seja, acionam a consequência jurídica que, em regra, para as liberdades públicas, é a cessação da intervenção);
- iv. o suporte fático dos direitos fundamentais é amplo, sendo formado, pois, pelo âmbito de proteção do direito fundamental e pela intervenção estatal - no suporte fático amplo, tanto o conceito de âmbito de proteção quanto o de intervenção estatal são interpretados extensivamente;
- v. assim, no suporte fático amplo, o âmbito de proteção (aquilo que é protegido pela norma) é integrado por toda ação, fato, estado e posição jurídica que contenham

⁸²⁶ SILVA, **Direitos fundamentais**, p. 196. Nesse sentido, como já exposto, Alexy (**Teoria dos direitos fundamentais**, 297 e 298) assevera que "restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental."

⁸²⁷ Nesse mesmo sentido já tivemos oportunidade de escrever: GONTIJO, **O direito fundamental de acesso à justiça**, p. 53 e 54.

qualquer característica que, isoladamente considerada, inclua-se no “âmbito temático de um direito fundamental”; já o conceito de intervenção estatal (aquilo contra o que se protege o direito fundamental) inclui qualquer tipo de intervenção desvantajosa no âmbito do direito fundamental;

- vi. o suporte fático, no entanto, só é preenchido - acionando a consequência jurídica para o caso - quando aquela intervenção não tiver fundamentação constitucional; se a intervenção estatal for constitucionalmente fundamentada, não haverá violação do direito fundamental, mas mera restrição legítima (e dessa forma, não se ativará a consequência jurídica);
- vii. dessa forma, o suporte fático amplo do direito fundamental exige do aplicador do direito maior esforço de fundamentação para justificar qualquer tipo de intervenção estatal no âmbito de proteção, o que aumenta, portanto, a proteção ao direito fundamental;
- viii. quanto à restringibilidade dos direitos fundamentais, entende-se que existem, de forma separada, o direito e sua restrição (teoria externa): nesse sentido, o âmbito de proteção do direito fundamental e o seu âmbito de garantia efetiva não são idênticos;
- ix. identificados os conteúdos jurídicos de um direito fundamental (âmbito de proteção), podem ocorrer restrições ou atuações estatais que afetem o bem de proteção de forma desvantajosa; se essas restrições forem legítimas (constitucionalmente fundamentadas), o que resta o direito fundamental após a incidência delas é o âmbito de garantia efetiva do direito fundamental;
- x. apenas em um contexto em que o direito protegido *prima facie* (âmbito de proteção) é diferente do direito definitivamente protegido (âmbito de garantia efetiva) é possível se falar em restrições, colisões e sopesamentos (em um contexto que o direito tem seu conteúdo definido *a priori* isso impede as restrições e as colisões entre direitos e, logo, afasta a necessidade de sopesamento);
- xi. uma restrição a um direito fundamental é uma norma que restringe uma posição *prima facie* de direito fundamental;
- xii. para que uma norma seja uma restrição a um direito fundamental, ela tem que ser compatível com a Constituição (ou seja, tem que ser uma intervenção constitucionalmente fundamentada, sob pena de representar violação do direito fundamental);
- xiii. as normas restritivas de direitos fundamentais podem assumir a forma de regras ou de princípios;
- xiv. uma regra será uma restrição a um direito fundamental quando sua vigência fizer surgir uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo -

neste contexto, as regras geralmente representam o resultado do sopesamento prévio já realizado pelo legislador entre princípios colidentes naquela hipótese;

- xv. um princípio funcionará como restrição do direito fundamental quando ele for uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie* surja uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo; nos casos em que o princípio funciona como norma restritiva, isso quer dizer que não foi realizado sopesamento prévio pelo legislador entre os princípios colidentes naquele caso específico, não havendo, pois, regra que solucione a colisão; sendo assim, caberá ao juiz, atendendo às especificidades do caso concreto, determinar qual dos princípios deverá prevalecer em cada caso;
- xvi. um dos “limites” à restringibilidade dos direitos fundamentais é o respeito a seu conteúdo essencial - esse conteúdo essencial terá sido respeitado sempre que a restrição passar pelo crivo da proporcionalidade.

Feita essa digressão para uma inserção (não tão breve, mas necessária) na teoria geral dos direitos fundamentais, retoma-se, no ponto seguinte, o tema objeto central de análise deste tópico que é saber **se o vínculo de sujeição especial pode funcionar como fundamento de restrições específicas a determinados direitos fundamentais e, caso seja possível, como e em que medida isso pode acontecer.**

2.1. O vínculo de sujeição especial como um possível fundamento de restrições específicas a determinados direitos fundamentais

Jorge Miranda afirma que as restrições aos direitos fundamentais se reconduzem (todas ou quase todas) a dois tipos de razões, quais sejam: (i) à conjugação de direitos, liberdades e garantias entre si e com outros direitos fundamentais; e (ii) à conjugação com princípios objetivos, institutos, interesses ou valores constitucionais de outra natureza - nesse último caso, estão as restrições que decorrem das relações especiais de poder.⁸²⁸ No mesmo caminho, Gomes Canotilho afirma que, ao contrário do que era defendido pela doutrina clássica, os indivíduos regidos pelos estatutos especiais não renunciam aos direitos fundamentais (pois estes são irrenunciáveis) nem se vinculam voluntariamente a qualquer estatuto de sujeição produtor de uma *capitis diminuto* - o que ocorre é apenas que essas situações da vida são disciplinadas por um estatuto específico, que não se situa fora da ordem

⁸²⁸ MIRANDA, **Manual de direito constitucional. T. 4**, p. 334. Adiante (p. 334 e 335), o autor conceitua as relações (ou estatutos) especiais de poder como “situações mais ou menos duradouras em que as pessoas aparecem inseridas no âmbito de certas instituições públicas” - afirma que esses estatutos não são ordens normativas separadas da ordem constitucional, não geram dependências de tipo pessoal (mesmo quando implicam estruturas hierarquizadas e com disciplina específica) e que têm caráter meramente institucional ou funcional, estando subordinados aos fins que as justificam.

constitucional (já que os indivíduos continuam titulares dos direitos), mas que é heteronomamente vinculado, devendo, pois, encontrar seu fundamento na Constituição (ou ao menos estar ali pressuposto). Daí que, segundo o autor, as restrições de direitos fundamentais justificadas com base em uma relação de sujeição especial que não tem fundamento exposto na Constituição só podem ser aceitas na medida do estritamente necessário para garantir bens constitucionalmente positivados e expressamente defendidos pelas instituições onde se desenvolvem essas relações.⁸²⁹ Vieira de Andrade diferencia entre o poder legal de restrição dos direitos da generalidade dos indivíduos daquelas situações em que as restrições de direitos atingem titulares que não são "meros indivíduos" ou cidadãos, mas se encontram em situações especiais de relação jurídica com o interesse público - segundo o autor, esses indivíduos "não podem ser tratados, quanto ao gozo de certos direitos fundamentais, como titulares comuns", de forma que a "ordenação de certos setores de relações especiais entre os indivíduos e o poder possa justificar restrições, também especiais, de alguns dos direitos".⁸³⁰

De forma semelhante, Clarissa Sampaio Silva defende que, mesmo que o instrumento para a restrição seja o mesmo - a lei -, os fundamentos para "afetações desvantajosas" nos direitos fundamentais no âmbito de uma relação de sujeição geral e no âmbito de uma relação de sujeição especial são diferentes: algumas restrições que para o segundo grupo possam soar toleráveis (como a relacionada à liberdade de comércio ou a referente ao exercício de outra profissão, para os funcionários públicos por exemplo), para o primeiro grupo poderiam se apresentar como inadmissíveis. Assim, assevera que é possível se continuar a pensar as relações de sujeição especial como espaços com um domínio diferenciado de direitos fundamentais (e do princípio da legalidade), com soluções igualmente diferenciadas. Isso leva a reconhecer que tais vínculos permitem a ampliação da competência do Estado (no sentido de aptidão para modificar a situação jurídica daqueles sobre as quais vão incidir), o que produz reflexos negativos sobre as liberdades daqueles que se inserem nessas relações. De fato, quanto menores as potencialidades que se possa invocar dos direitos fundamentais (seja porque têm seu âmbito de proteção diminuído, seja porque são alvos de restrições), maior será o campo de sujeição de seus titulares e maior será a dimensão da competência dos órgãos de poder - os direitos fundamentais funcionam, na verdade, como elementos definidores de "competências negativas" (de forma que quanto menos "fortes" forem suas potencialidades, mais permitem a expansão da competência). A ampliação dessa sujeição daqueles inseridos em uma relação de sujeição especial também se manifesta pela imposição de certos deveres específicos que, em outras situações, seriam incabíveis (por exemplo, os

⁸²⁹ CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 467.

⁸³⁰ ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, p. 293 e 295.

deveres dos servidores públicos de lealdade, imparcialidade e eficiência - esses deveres diferem-se dos deveres gerais impostos a todos os cidadãos, porque acentuam a situação de sujeição daqueles a quem se destinam). Dessa forma, no âmbito das relações de sujeição especial existe, efetivamente, uma diminuição do grau de proteção jusfundamental, sob o argumento de que deve ser buscado um incremento da margem de atuação dos centros de poder.⁸³¹

Jane Reis Gonçalves Pereira assevera que a peculiaridade da conjuntura em que as relações de sujeição especial se inserem - envolvendo um conjunto de deveres e obrigações mais abrangente do que aquele que se impõe às pessoas em geral - justifica o estabelecimento de uma gama de limitações aos direitos fundamentais diferente daquela que decorre do estatuto geral dos cidadãos; ou seja, trata-se de restrições a direitos que só são aplicáveis a determinadas categorias de pessoas (que se inserem nas relações de sujeição especial), que devem considerar tanto os direitos fundamentais envolvidos como os fins que justificam o estabelecimento de um estatuto especial no âmbito de determinadas instituições públicas.⁸³²

Pedro Adamy inclusive propõe uma resignificação do instituto das relações de sujeição especial como um instituto de direito constitucional, pois, segundo o autor, não se está diante de um problema apenas de direito administrativo, por envolver as garantias fundamentais do indivíduo e a possibilidade de sua restrição (uma vez que as relações e sujeição especial admitem limites acrescidos nas restrições ao exercício dos direitos fundamentais); assim, mostra-se necessário moldar o instituto à Constituição e à moderna compreensão da estrutura e do alcance dos direitos fundamentais.⁸³³

A resposta à primeira questão apresentada *supra* (se o vínculo de sujeição especial pode funcionar como fundamento de restrições específicas a determinados direitos fundamentais) é, pois, positiva - é inegável que existem situações em que as restrições aos direitos fundamentais se justificam porque os indivíduos titulares desses direitos estão em uma relação de sujeição especial com o Poder Público, pois, como atesta Konrad Hesse, se, no âmbito do *status* especial, permanecesse completamente conservado o *status* cívico geral (balizado pelos direitos fundamentais) do particular, poderia ocorrer de as relações de *status*

⁸³¹ SILVA, **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição**, p. 125 e 130 a 132.

⁸³² PEREIRA, As restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição. A autora acrescenta, ademais, que, embora o conceito das relações de sujeição especial não tenha sido incorporado como categoria dogmática no âmbito no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de sua utilização pode ser atestada pelo fato de que os argumentos que lhe são subjacentes têm sido utilizados pelo Poder Judiciário no domínio dos direitos fundamentais; além disso, assevera, a progressiva utilização do princípio da proporcionalidade demanda a adoção de critérios informativos que possa auxiliar na sua aplicação e a categoria das relações especiais de poder pode desempenhar uma função racionalizadora na fixação de pautas hermenêuticas em matéria de restrições a direitos.

⁸³³ ADAMY, Pedro. Direitos fundamentais e as relações especiais de sujeição. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, p. 362 a 376, 2018.

especiais e as ordens nas quais elas ganham configuração jurídica não poderem cumprir suas tarefas na vida da coletividade^{834 835}. Ou seja, a restrição aos direitos fundamentais nesse contexto tem por objetivo viabilizar o adequado funcionamento das instituições estatais. Assim, na verdade, atualmente a principal discussão envolvendo esse tema não é sobre a *possibilidade* de existir essa restrição com fundamento nas relações de sujeição especial, mas sim sobre **em que medida os direitos fundamentais podem ser restringidos com esse fundamento e, ainda, se essas relações devem estar expressamente contempladas na Constituição ou se podem ser estabelecidas independentemente de previsão constitucional explícita.**⁸³⁶ Considerando a centralidade do tema para esta tese, calha fazer uma revisão doutrinária de como vem sendo tratado.

Konrad Hesse defende que nas relações de *status* especiais, a *limitação* dos direitos fundamentais tem que se fundamentar somente na Constituição: se os direitos fundamentais são garantidos constitucionalmente, eles também somente poderão ser limitados se isso estiver positivamente determinado (ou, ao menos, pressuposto) constitucionalmente. Ou seja, não é necessária a existência de previsão expressa, porque a Constituição acaba por limitar os direitos fundamentais no momento em que ela insere as relações de *status* especiais (e,

⁸³⁴ HESSE, **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 261. Daí afirmar o autor: "Assim, seria incompatível com a obrigação do funcionário à discricção profissional se ele, diante dela, pudesse apoiar-se no direito de manifestar livremente sua opinião, ou não iria corresponder a uma execução da pena apropriada, se o preso pudesse empregar o direito fundamental, legalmente não-restringível, da liberdade de reunião em lugares fechados (artigo 8º, alínea 1, da Lei Fundamental).

⁸³⁵ A título ilustrativo, cite-se alguns dos exemplos imaginados por Clarissa Sampaio Silva (**Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição**, p. 122 e 123) acerca da dificuldade de se assegurar as finalidades institucionais de certas relações especiais de poder, caso os trunfos representados pelos direitos fundamentais pudessem ser concretizados nesse âmbito com a mesma força e intensidade presentes nas relações de sujeição geral: "a) o fiel exercício das funções públicas, ou mesmo a preservação da imagem de uma instituição se a liberdade de expressão de um servidor público for exatamente a mesma desfrutada por um particular, pois este decerto pode tecer todas as críticas que lhe parecerem pertinentes a uma política de governo ou medida estadual; b) a regular defesa do Estado por advogado público se a este for facultado alegar liberdade de pensamento ou convicção pessoal para deixar de exercer seus deveres funcionais; c) o cumprimento de ordens de serviço e demais determinações administrativas, se o servidor puder alegar violação às suas convicções políticas, religiosas, filosóficas; a assiduidade e pontualidade do servidor se este puder invocar a liberdade de manifestação religiosa ou mesmo o direito de reunião a realizarem-se no horário do expediente; d) o adequado recrutamento para a função pública, se os candidatos puderem invocar a impossibilidade de impedir o acesso, para alguns cargos, de estrangeiros ou então de indiciados em inquérito policial".

⁸³⁶ *Ibid.* Cite-se ainda as seguintes palavras da autora: "Nesse contexto, é genericamente aceita a ideia de que certas 'condições de vida especiais'- que são parte integrante da vida em comunidade - demandam 'ordens especiais mais elásticas' no que se refere aos direitos fundamentais. Se não fosse assim, instituições públicas que desempenham papéis de importância capital na ordenação da sociedade teriam seu funcionamento severamente comprometido, não podendo cumprir suas tarefas de forma eficiente. O problema, contudo, reside em saber de que forma devem ser coordenados os direitos fundamentais das pessoas inseridas em tais relações e as limitações que defluem dos estatutos especiais (...) Hoje, embora se reconheça a correção da premissa segundo a qual o mister desempenhado por algumas instituições estatais demanda que os direitos fundamentais tenham o seu alcance restringido nas relações especiais, já não se aceita que existam, nessa seara, espaços livres da influência das normas constitucionais."

conjuntamente, também a sua legalidade própria) como parte integrante da ordem constitucional. Assim, se, ao lado da previsão dos direitos fundamentais, o texto constitucional também normatiza, por exemplo, as bases da relação funcional, isso indica que essa relação em sua legalidade especial faz parte da existência da ordem constitucional tanto quanto os direitos fundamentais. Daí que, com isso, a Constituição impõe - assim como o faz nas *limitações* dos direitos fundamentais no *status* cívico geral -, a tarefa de concordância prática: nem os direitos fundamentais devem ser sacrificados em função das relações de *status* especiais nem as garantias jurídico-fundamentais podem tornar impossível a função daquelas relações. Ou seja, direitos fundamentais e relações de *status* especiais carecem de coordenação proporcional, de forma a se propiciar a ambos eficácia ótima. Assim, também as relações de *status* especiais limitadoras devem ser vistas à luz dos direitos fundamentais. Hesse aponta que, além das possibilidades de limitações gerais, os direitos fundamentais somente podem sofrer outras limitações no âmbito de uma relação de *status* especial se observados dois pressupostos: (i) a relação de *status* especial fizer parte da ordem constitucional (tiver suas bases na Constituição ou ao menos tiver sido pressuposta por ela); e (ii) a peculiaridade da relação de *status* especial deve carecer de uma limitação dos direitos fundamentais, pois apenas nessa medida é que essa limitação é admissível (nos casos em que os direitos fundamentais não dificultam de forma essencial a vida nas ordens especiais, as possibilidades de limitações gerais dos direitos fundamentais são suficientes). E, ainda assim, mesmo que cumpridos os pressupostos, a limitação do direito fundamental só deve ocorrer até satisfazer a tarefa de coordenação proporcional.⁸³⁷

No mesmo sentido, Gomes Canotilho defende que a especificidade estatutária da relação de sujeição especial tem que ter fundamento expresso ou implícito na Constituição, sendo sempre necessário se apurar se essa especificidade exige restrição aos direitos fundamentais (princípio da exigibilidade) - é necessário se ter em mente que as relações de sujeição especial têm naturezas muito diferentes podendo exigir limitações do estatuto geral do cidadão em grau diferenciado e que haverá necessidade de se recorrer à concordância prática e à ponderação para se garantir os direitos fundamentais sem tornar os estatutos especiais impraticáveis (estatutos esses que têm como referência instituições cujos fins e especificidades constituem, eles mesmos, bens ou interesses constitucionalmente protegidos).⁸³⁸

José Carlos Vieira de Andrade afirma que, embora as relações de sujeição especial possam justificar restrições, também especiais, de alguns direitos daqueles que se encontram em tal situação, essa restrição - que deve ser feita por *via legislativa*, na visão do autor -

⁸³⁷ HESSE, **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 261 a 263.

⁸³⁸ CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 466.

pressupõe a existência de um *valor* que justifique uma ordenação especial, só podendo ocorrer na medida do necessário para assegurar a realização dos objetivos das instituições respectivas (como a defesa nacional, a segurança, a realização eficiente das tarefas públicas etc) e desde que não afete o conteúdo essencial dos direitos fundamentais restringidos. Quanto ao respeito pelo conteúdo essencial dos direitos fundamentais, cita como mínimo necessário: (i) a restrição deve deixar intocado o limite absoluto constituído pela dignidade humana; (ii) não pode ser ilimitada no tempo ou, pelo menos, deve prever a possibilidade de o indivíduo optar pelo direito fundamental, suspendendo ou dissolvendo a relação de poder (se esta for voluntária); (iii) não pode se estender a todas as esferas da vida do sujeito; (iv) deve ter em conta as dimensões da máxima da proporcionalidade.⁸³⁹

Paulo Gustavo Gonet Branco defende que os estatutos das relações especiais de poder devem ter fundamento na Constituição, admitindo a possibilidade de se restringir especificamente alguns dos direitos quando necessário para atingir os fins constitucionais que justificam essas relações - a legitimidade dessas restrições será apurada mediante o esforço de concordância prática e de ponderação dos valores contrapostos em cada caso. Ou seja, segundo o autor, a compressão dos direitos fundamentais, nessas hipóteses, só ocorre como meio necessário para a obtenção dos fins das relações especiais de sujeição, havendo necessidade de respaldo constitucional.⁸⁴⁰

Clarissa Sampaio Silva assevera que, considerando que a vigência ampla dos direitos fundamentais é absolutamente incompatível com determinadas realidades institucionais e considerando que nem todas as diversas colisões de direitos são antecipadas pelo legislador e que nem todas as restrições são disciplinadas pela via legislativa, os fins específicos das relações especiais de sujeição podem funcionar como valores a serem confrontados nas ponderações, ou seja, entende que as ponderações realizadas envolvendo os direitos fundamentais de um indivíduo em uma relação especial de sujeição ficam influenciadas pelos objetivos institucionais desses vínculos. Segundo a autora, no âmbito das relações de sujeição especial existe uma maior afetação dos direitos fundamentais (muitas vezes, em bloco), direcionada ao cumprimento das finalidades perseguidas institucionalmente e o consequente aumento das competências dos centros de poder para intervir no *status* negativo daqueles indivíduos inseridos na relação de sujeição especial. É cediço que nenhum espaço de convivência humana permite o exercício ilimitado dos direitos fundamentais - os quais devem ser sempre acomodados para se respeitar os direitos de outros indivíduos, com os quais invariavelmente entram em colisão -, mas o que diferencia as relações de sujeição especial neste ponto, com especial enfoque nos direitos de liberdade, é a maior situação de

⁸³⁹ ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, p. 295 e 296.

⁸⁴⁰ MENDES; COELHO; BRANCO, **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, p. 191 a 193.

vulnerabilidade em que os direitos fundamentais se encontram em face dos centros de poder, os quais, por razões constitucionalmente justificadas, estão investidos de prerrogativas de autoridade para, com o objetivo de cumprir as finalidades institucionais, intervir negativamente nos direitos fundamentais daqueles indivíduos que a eles se vinculam.⁸⁴¹

Luís S. Cabral de Moncada entende que, de forma geral, as relações de sujeição especial não devem ser encaradas como uma fonte autônoma de restrições especiais aos direitos fundamentais, de forma que não se deve pressupor a restrição da simples existência de uma instituição constitucionalmente prevista com finalidade institucional própria - entretanto, admite, sob certas condições, a particular restrição legislativa aos direitos fundamentais em nome das relações especiais de poder. O autor assevera que os direitos fundamentais no âmbito das relações de sujeição especial ficam sujeitos a limites especiais de ordem legislativa, os quais representam manifestações de outras decisões constitucionais - ou seja, não é possível limitar-se os direitos fundamentais por meio de normas regulamentares autônomas sem nenhum fundamento legislativo, já que o regime dos direitos fundamentais se aplica integralmente no âmbito das relações de sujeição especial, mas esse regime fica sujeito às contingências decorrentes da presença de outros valores também constitucionalmente protegidos. Nesse sentido, o autor descarta a concepção que partia da prévia existência de uma relação especial de poder para enxergar como decorrência implícita a restrição especial (ou mesmo a eliminação) dos direitos fundamentais; para indicar o percurso inverso: deve-se partir da lei para se chegar àquelas restrições. Assim, ainda que se admita que as relações de sujeição especial justifiquem uma diminuição da proteção oferecida pelos direitos fundamentais, isso só acontece quando há expressa autorização constitucional, devendo os limites cingir-se ao mínimo necessário para a prossecução de determinados fins públicos, também constitucionais e realmente imprescindíveis. Daí que se trata de um problema de harmonização das orientações constitucionais opostas, que deve ser resolvido com vistas a se manter a unidade do sentido normativo da Constituição - e, em consequência, conclui o autor que não existe razão para se conceber as relações especiais de poder como uma categoria constitucional própria e como fonte autônoma de restrições especiais aos direitos, uma vez que os limites aos direitos dos cidadãos carecem de autorização constitucional especial, respeitando-se um regime imperativo aplicável por igual a todas as restrições (o que afastaria a existência de limites especiais feitos em nome de uma categoria geral de origem exterior à constituição). De todo o exposto, o autor retira as seguintes conclusões: (i) a categoria da relação especial de poder não é uma categoria dogmática geral da qual seja possível inferir automaticamente restrições aos direitos em certos domínios da atividade administrativa; (ii) a categoria da relação especial de poder não

⁸⁴¹ SILVA, **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição**, p. 128 a 130 e 172 a 173.

é nem mesmo uma noção de alcance geral, de forma que não é possível existir um estatuto especial comum a várias situações (mas sim uma variedade de estatutos, mais ou menos restritivos); (iii) os direitos fundamentais se aplicam às relações especiais de poder e, portanto, também ali se aplica o regime constitucional dos direitos fundamentais, razão pela qual as restrições deverão sempre ter um elemento legislativo mínimo e respeitarem os outros elementos da proteção constitucional dos direitos fundamentais; (iv) daí que as restrições aos direitos fundamentais devem estar previstas na lei constitucional, não se presumindo, da mera existência de uma instituição com fins específicos, qualquer restrição ao exercício de direitos no seu interior; (v) daí também que a restrição possibilitada aos direitos fundamentais deve se conter no limite das necessidades funcionais que a explicam, respeitando-se assim uma ideia de proporcionalidade entre aquelas restrições e estas necessidades "de serviço" - logo, nas hipóteses de restrições aos direitos fundamentais feitas em nome dos interesses, constitucionalmente protegidos, próprios de certas instituições, o problema que se coloca é o da concordância prática entre o regime constitucional dos direitos fundamentais e as necessidades funcionais específicas de certas instituições e serviços, de forma a manter a unidade constitucional; (vi) trata-se, assim, de se estabelecer critérios de ponderação na inevitável relação de tensão entre o regime constitucional dos direitos fundamentais e o reconhecimento constitucional de "estatutos especiais" próprios de certas áreas da atividade administrativa, no âmbito dos quais há motivos para transigir com limites específicos.⁸⁴²

⁸⁴² MONCADA, **Lei e regulamento**, p. 447 a 450. Adiante (p. 450 a 453), o autor ainda debate sobre qual o âmbito reservado à previsão legislativa que vai fundamentar e autorizar a restrição legislativa aos direitos fundamentais em nome das relações especiais de poder (restrições estas que ele só admite sob certas condições). Para essa análise, Cabral de Moncada lembra a tentativa de consagração, pelo Tribunal Constitucional alemão, dos critérios materiais da essencialidade, quando concluiu que é de natureza legislativa tudo aquilo que é essencial para a concretização dos direitos fundamentais. Donde é possível concluir ser do legislador a tarefa de definir as "traves mestras" das restrições dos direitos em matéria de relações especiais de poder - no entanto, nessa incumbência pode o legislador se valer de conceitos indeterminados e conceder poderes discricionários em benefício da administração, de forma que esta goze de uma certa margem de liberdade naqueles domínios onde isso se mostre necessário (lembra o autor que a reserva de lei é compatível com o conteúdo indeterminado, com a cláusula geral e com a discricionariedade). Segundo o autor, o que há de verdadeiramente especial na problemática geral das relações especiais de poder é o fato de toda ela subentender uma restrição maior ou menor dos direitos fundamentais, sendo este o principal condicionalismo a se levar em conta ao se tratar da reserva de lei nesse contexto. E, à luz da constituição alemã, a restrição dos direitos fundamentais, além de colocar o problema da reserva de lei, também se relaciona com a disciplina constitucional dessa mesma restrição (de forma que a reserva de lei fica um tanto esvaziada no seu conteúdo de proteção dos direitos fundamentais contra agressões, função garantística que passa à Constituição). Assim, pode se afirmar que a Constituição alemã reconhece, enquanto conteúdo mínimo de legalidade, que o regime da restrição dos direitos fundamentais é matéria de reserva constitucional, pois é a própria Constituição a estabelecer que só se permitem tais restrições ao legislador ou ao executivo devidamente autorizado, respeitadas as diretivas constitucionais de proteção dos direitos. Daí que, segundo o autor, no tratamento das restrições aos direitos fundamentais há um domínio material vedado: acrescentar restrições que a Constituição não prevê ou no tratamento respectivo não obedecer às diretivas do artigo 19. A aplicabilidade direta do regime constitucional coloca barreiras materiais à competência legislativa (constituindo uma verdadeira "reserva de constitucionalidade"). Mas essa reserva também não é particularmente densa, não jungindo o legislador integralmente à execução do programa normativo

Já Jorge Reis Novais sustenta que as relações especiais de poder são espaços de domínio de direitos fundamentais enfraquecidos, ao menos tanto quanto o exija a manutenção da capacidade funcional das instituições estatais - a especial vinculação que, no âmbito destas instituições, atinge os particulares em razão de sua integração no espaço próprio da Administração ou do Estado (cuja intensidade é variável) confere às possíveis restrições que aí se verifiquem uma gama de características e justificações que fundamentam, *a priori*, o seu tratamento dogmático unitário, mesmo se as conclusões não vierem a ser diversas das que se extraem das *relações gerais*. O autor propõe a seguinte análise, com fundamento na ordem jurídica portuguesa: (i) a Constituição portuguesa autoriza de forma expressa a restrição de alguns direitos fundamentais de certos indivíduos submetidos a relações especiais de poder (como os dos militares, na medida das exigências de suas funções - artigo 270 - e os dos reclusos, desde que consentânea às exigências da condenação - artigo 30, nº 5), no entanto, é silente quanto a essa possibilidade em relação a diversas outras hipóteses (por exemplo, no caso dos funcionários públicos que desempenham suas atividades em zona altamente sensível da Administração); (ii) a consagração, cada vez maior, de autorizações constitucionais expressas para a restrição de direitos fundamentais no âmbito das relações

constitucional - apenas assinala limites materiais mínimos ao legislador ordinário (os quais ele não pode ultrapassar, sob pena de inconstitucionalidade); esta reserva constitucional, pois, terá influência direta no conteúdo da lei e no teor da legalidade que se desenvolverá daí pra frente. Segundo o autor, é possível concluir pois que atualmente a reserva de lei perdeu para a norma constitucional parte de suas funções de proteção dos direitos fundamentais e da função de disciplina dos direitos para além das restrições respectivas (embora permaneça sua importância na disciplina original de direitos do tipo novos). Finaliza: "Não há, portanto, intervenções autónomas da administração naqueles domínios, criando em primeira mão e pela via do regulamento um regime de restrição e efectivação que as leis constitucionais e ordinárias desconheçam. A administração está duplamente vinculada. Mas não é, porém exigível ou seja, que a administração fique estritamente sujeita a um regime normativo, pois que é perfeitamente pensável que o legislador, sabendo que vai dispor para o âmbito de uma zona especial da actividade administrativa, não queira, de caso pensado, apresentar um plano normativo de restrições levado até à minúcia. Poderá e deverá optar por uma técnica alternativa de regulação usando vastas cláusulas gerais e conceitos indeterminados e concedendo generosos poderes discricionários à administração para que esta possa dispor de uma apreciável margem de liberdade de modo a equacionar em cada caso até onde vão as exigências institucionais e de serviços já referidas. É esta uma construção que lança uma ponte entre o regime constitucional imperativo da defesa dos direitos subjectivos e a liberdade de administração sem ao mesmo tempo violentar os quadros gerais da legalidade. Parece por isso equilibrada. A necessidade de resguardar a liberdade de movimentos da administração é pois uma característica material deste sector da sua actividade, levando a uma certa autocontenção da legalidade, na pessoa, claro está, do legislador, porventura mais nítida que outras zonas. Trata-se de um fenómeno que é facilmente diagnosticável se nos quisermos colocar no papel do juiz. Muitos dos actos administrativos (em sentido amplo, englobando agora os regulamentos) praticados ao abrigo de uma 'relação especial de poder' e com efeitos lesivos para o seu destinatário, pressupõem um contacto institucional deveras intenso entre o funcionário e o serviço ou o militar e a instituição, que não poderão ser 'reconstruídos' pelo juiz a fim de apurar da sua eventual ilegalidade. Isto permite-nos tirar como que a 'prova dos nove' à posição defendida nos termos da qual as exigências da legalidade não podem aqui ser muito intensas. O juiz não está em posição de controlar a medida em que as necessidades funcionais ou de serviços justificam aquela ordem dada a um subalterno ou a um recruta ou aquela reprovação num exame. Um avantajado controle jurisdicional teria como consequência a paralisia total da actividade administrativa precisamente um sector em que as necessidades colectivas a querem escorreita."

especiais de poder leva a que alguns autores enxerguem-nas como meramente declarativas ou concretizadoras de uma limitação já pré-existente na Constituição (limitação imanente ou implícita dos direitos fundamentais fundada na relação especial de poder) - o entendimento, nesse caso é que se assim não fosse, essas restrições poderiam esbarrar no limite material de revisão dos direitos, liberdades e garantias; (iii) sendo assim, em relação àqueles direitos fundamentais que ainda não foram objeto de restrição constitucional expressa (em processo de revisão): esses direitos fundamentais no âmbito das relações especiais de poder já estariam constitucionalmente afetados por essa mesma limitação imanente? Reis Novais entende que quando as exigências funcionais de uma instituição (de fins constitucionalmente previstos) exigem a imposição ou aceitação de restrições acrescidas aos direitos fundamentais daqueles que nelas desempenham suas funções, ainda que apenas na medida dessas exigências, a solução constitucional do problema não pode depender, nem exclusiva nem essencialmente, do fato de haver ou não previsão constitucional expressa, implícita ou imanente - a Constituição tem lacunas, está sempre em aperfeiçoamento e suas alterações nem sempre são coerentes ou integralmente satisfatórias; havendo necessidade e adequação constitucional da restrição em termos materiais, o problema deve se descolar do plano formal da atuação do Estado para o plano substancial dos requisitos constitucionalmente exigidos para essa intervenção. E, sendo assim, pressupondo que se justificam algumas limitações acrescidas aos direitos fundamentais daqueles que se encontram em uma relação de sujeição especial, o problema estaria em saber se esses *limites podem ser encarados como limites imanentes dos direitos fundamentais*. Segundo o autor, deve se entender que, nesta hipótese, existem interesses cuja satisfação pode ser considerada socialmente indispensável (os interesses que devem ser prosseguidos no âmbito da relação especial de poder) e que ficariam ameaçados por um eventual exercício normal (não limitado) de alguns direitos fundamentais - a doutrina dos limites imanentes, então, encara essa situação da seguinte forma: entende que o exercício de direitos fundamentais que induzem *disfuncionamentos sensíveis* naquelas instituições não podem ter sido desejados pelo legislador constitucional como exercício constitucionalmente admitido dos direitos fundamentais. Ocorre que as instituições referentes, as relações especiais de poder e os direitos fundamentais (que podem se chocar com os fins dessas instituições e relações) são tão múltiplos e diferenciados que se torna dificilmente aplicável e operativa uma definição legal que predetermine, com suficiente densificação, as possibilidades de diferenciação que, em obediência ao princípio da necessidade, deverão ser realizadas para se excluir a proteção jusfundamental (noutras palavras, torna-se difícil a previsão de uma regra geral sobre limites nas relações de sujeição especial). Segundo o autor, o espaço de diferenciação, valoração e preenchimento é tão amplo que sua densificação adequada só pode ser feita a partir do desenvolvimento pontualizado das tarefas de ponderação e de concordância prática dos

correspondentes interesses e valores em conflito. Daí que, conclui Reis Novais, a fórmula de imanência não parece suficiente para enquadrar dogmaticamente as restrições que devem ocorrer nesse âmbito - de fato, nem a validade dos direitos fundamentais daqueles que se encontram nessas situações pode ser relativizada a ponto de dispensar o controle quanto ao preenchimento dos requisitos materiais de Estado de Direito (especialmente os referentes à necessidade da restrição) nem o legislador pode ser afastado da sua competência de valorar, ponderar e decidir sobre a prevalência dos interesses em conflito. Nesse sentido, Reis Novais entende que cabe ao legislador a competência para a justa determinação da delimitação da validade de alguns direitos fundamentais (aqueles cujo exercício normal possa ameaçar a capacidade funcional das instituições em que se exercem) no âmbito das relações de sujeição especial. Se assim não fosse, a simples qualificação como imanente de um limite aos direitos fundamentais no âmbito das relações especiais de poder levaria ao extremo de dar ao Estado (Administração) uma margem praticamente incontrolada para restringir os direitos fundamentais (especialmente nos casos das restrições não expressamente autorizadas constitucionalmente). Isso sem prejuízo de se reconhecer que, nesse âmbito, deve haver, no produto da atividade legislativa, um amplo espaço de densificação conceitual e margem de livre apreciação da Administração. Assim, conclui o autor que - apesar de vigentes no âmbito das relações especiais de poder os direitos fundamentais e o princípio da legalidade, e, apesar de, *por si só*, a mera existência de uma relação especial de poder não justificar a restrição dos direitos fundamentais - a necessidade de se garantir a capacidade funcional das instituições funciona não apenas como uma habilitação constitucional, expressa ou implícita, para a intervenção regulamentadora e mesmo restritiva do legislador, mas também para atribuir à Administração uma margem significativa de livre apreciação na interpretação e atualização daquelas cláusulas gerais e conceitos indeterminados diante da necessidade de compatibilização dos interesses constitucionais em conflito (interesses de liberdade *versus* garantia da eficiência e capacidade funcional das instituições).⁸⁴³

Pedro Adamy - analisando o tema com fundamento no ordenamento jurídico brasileiro - entende que existem alguns critérios objetivos (essenciais, mas não exaustivos) que auxiliam a tarefa de concordância prática das relações especiais de sujeição com aos preceitos constitucionais: (i) a observância aos ditames dos direitos fundamentais, que têm aplicabilidade imediata e transversal nas relações entre o Estado e os cidadãos; (ii) a referibilidade, que diz respeito à necessária relação que deve existir entre a restrição ao exercício do direito fundamental e a finalidade que se almeja com tal restrição, ou seja, as restrições devem ser legitimadas pela situação subjacente à relação especial de sujeição,

⁸⁴³ NOVAIS, **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 510 a 520.

sendo necessária para a consecução dos objetivos constitucionais (de forma que, portanto, devem dizer respeito a instituições e especificidades que constituam eles próprios em bens ou interesses constitucionalmente protegidos e haver o reconhecimento - ainda que implícito - por parte da Constituição, que aquela relação especial pressupõe a restrição do exercício de direito fundamental para o seu correto e adequado funcionamento); (iii) a restrição ao exercício e não ao direito fundamental, que não fica extinto para o seu titular (de forma que superada a relação de proximidade com o Estado, desaparece a restrição imposta); (iv) duração temporal limitada, ou seja, essa diminuição da distância entre o Estado e o indivíduo não pode ter duração indeterminada, devendo ser limitada temporalmente e, por consequência, também o devendo a limitação do exercício de determinados direitos fundamentais (que deve durar apenas o período necessário para o atingimento das finalidades previstas no estabelecimento da relação ou enquanto durar a relação de sujeição especial); (v) previsão expressa na Constituição ou em lei (ou ao menos pressuposta pela Constituição) - segundo o autor, essa necessidade de previsão expressa no texto constitucional ou na lei decorre de uma necessidade de limitação da intervenção estatal na esfera protegida pelos direitos fundamentais (o que quer dizer que a sujeição não serve como elemento justificador da restrição por si só); (vi) consentimento, devendo haver voluntariedade em se submeter às relações e restrições impostas, em se colocar em uma situação de sujeição especial (apenas no caso dos apenados é que, entende o autor, o consentimento é substituído por uma decisão judicial que submete o indivíduo à relação especial); e (vi) compensação, ou seja, a existência de maiores limites ao exercício dos direitos fundamentais deve ser compensada de formas alternativas para os indivíduos afetados (essa compensação, pois, não é um beneplácito estatal, mas sim o reconhecimento de que os objetivos constitucionais impõem a limitação ao exercício dos direitos fundamentais, devendo ser vista como uma espécie de *correção* pela diminuição sofrida nos direitos fundamentais).⁸⁴⁴

Também Miriam Wimmer analisa as relações de sujeição especial no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de reconhecer que, embora em alguns casos sejam admissíveis restrições aos direitos fundamentais, uma menor exigência quanto à densidade normativa da lei e uma incidência reduzida do controle jurisdicional, a intensidade dessas restrições ou minorações deve ser razoável e proporcional à luz do nosso sistema constitucional e face aos fatos concretos em análise.⁸⁴⁵

⁸⁴⁴ ADAMY, Direitos fundamentais e as relações especiais de sujeição.

⁸⁴⁵ WIMMER, As relações de sujeição especial na administração pública. Nas palavras da autora: "é rara a invocação da teoria das relações especiais de sujeição na jurisprudência brasileira. Não obstante, a maioria das decisões envolvendo indivíduos dotados de um 'status diferenciado' utilizam-se de raciocínios ponderativos e de linhas de argumentação envolvendo a proporcionalidade para justificar a restrição de direitos, a mitigação da legalidade] e a menor intervenção do Judiciário." Adiante, a autora ainda adverte: "Com efeito, deve-se reconhecer o risco potencial de que o conceito seja empregado como fundamento autônomo para a restrição a direitos fundamentais, sem uma

Diante de todo o exposto, analisado o posicionamento da doutrina, parece ser possível se aduzir que a resposta à questão de saber se as relações especiais devem estar contempladas expressamente no texto constitucional e também se é necessária a previsão explícita sobre a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais nos preceitos constitucionais que prevêem as instituições sujeitas a regimes especiais traz à baila o embate entre a teoria interna e a teoria externa, visto acima. De fato, para a teoria interna, não se estaria diante de uma restrição, mas sim de mera delimitação do conteúdo do direito⁸⁴⁶ (assim como parece entender Cabral de Moncada) - esse conteúdo, em regra, é um conteúdo normativo constitucional, ou seja, é fixado considerando todo o arcabouço normativo constitucional, de forma que qualquer leitura diferenciada quanto à possibilidade de regramento de seu âmbito de incidência deve ser expressamente autorizada pela Constituição. Já a teoria externa, como visto, admite que os direitos fundamentais possam sofrer restrições em razão de conflitos entre esses direitos fundamentais e outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, de forma que a legitimidade da restrição dependerá do processo de sopesamento entre os direitos colidentes ou que exista uma regra que funcione como restrição a esses direitos fundamentais, cuja legitimidade depende de essa regra passar pelo crivo do princípio da proporcionalidade (como parece entender Reis Novais).

Nesse estudo, como já exposto, adota-se o segundo entendimento, que privilegia os pressupostos da teoria externa sobre as restrições dos direitos fundamentais. Daí seguir-se a doutrina de Jane Reis Gonçalves Pereira no sentido de que, **sob a ótica da teoria externa, é suficiente que a instituição na qual se insere a relação especial de sujeição seja constitucionalmente legitimada, não sendo necessário que as restrições que possam recair sobre os direitos fundamentais sejam previstas expressa e especificamente no texto constitucional.** No entanto, repise-se, **a simples qualificação de uma relação como de sujeição especial não é suficiente para justificar a imposição de restrições aos direitos fundamentais dos envolvidos - deve ocorrer, em cada caso, um processo de ponderação no qual sejam consideradas: (i) as relações entre a finalidade da instituição e a restrição imposta; e (ii) a necessidade de tutela, na maior medida possível, dos direitos fundamentais daqueles que se encontram inseridos em uma relação de sujeição especial** (ponderação direito fundamental *versus* finalidade institucional que

adequada análise dos fins constitucionais em jogo e da necessidade e proporcionalidade das restrições determinadas. Ademais, é questionável se a utilização da categoria possui alguma utilidade hermenêutica, uma vez que se percebe claramente o alcance de resultados muito semelhantes pelos tribunais quando recorrem aos instrumentos ordinários de interpretação para a restrição de direitos fundamentais."

⁸⁴⁶ Por exemplo, Jorge Reis Novais (**As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 510 e 511), embora pontue que raramente sejam assim consideradas, defende que as relações especiais de poder sejam tomadas pela doutrina na sua qualidade de fundamento de limitação imanente dos direitos fundamentais.

justifica a restrição). Noutras palavras, o status especial atribuído ao indivíduo deve ter como pressuposto o cumprimento de uma finalidade institucional que justifique a restrição, de forma que, além de haver um fundamento para a existência do regramento especial, esse regramento só será legítimo na medida em a realização daquele fim institucional que ele promove possa justificar a restrição à luz da máxima da proporcionalidade.⁸⁴⁷

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS NO ÂMBITO DA RELAÇÃO FUNCIONAL: EM ESPECIAL, O CONTROLE DE CONDUTA

Recapitulando, na esteira da doutrina de Clarissa Sampaio Silva, existem alguns pontos quanto ao tema das restrições dos direitos fundamentais no âmbito das relações de sujeição especial que parecem ser de consenso: (i) não existe, no âmbito da Administração Pública espaços imunes às garantias do Estado de Direito (de forma, pois, que não se admite

⁸⁴⁷ Jane Reis Gonçalves Pereira (**Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 603 a 657) destaca ainda que a noção de que a finalidade de determinadas instituições públicas pode justificar a imposição de determinados *limites* aos direitos fundamentais é genericamente aceita pela jurisprudência na atualidade - ainda que muitos Tribunais não utilizam explicitamente o conceito das relações de sujeição especial, trabalham com as suas premissas na resolução deste tipo de caso. A autora cita como exemplo: (i) a jurisprudência espanhola, em que a figura tem destaque acentuado, havendo, inclusive, crítica quanto à inexistência de critérios uniformes na matéria e ao tratamento muito ampliativo do instituto; (ii) a jurisprudência suíça, na qual geralmente a categoria é utilizada como demarcador da exigência de lei formal no campo das restrições a direitos, sendo mais flexível quanto à cobrança de densidade e precisão das leis parlamentares restritivas de direitos fundamentais quando estão em jogo relações de sujeição especial; (iii) a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, que via de regra se utiliza das premissas que fundamentam a noção de relação de sujeição especial sem se valer, no entanto, expressamente da categoria; (iv) a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, que utilizou ideias semelhantes para tratar de casos que versavam sobre liberdade de expressão de servidores públicos no espaço de trabalho, entendendo que condições específicas do funcionalismo público justificam a limitação dos direitos fundamentais daqueles que ostentam essa qualidade; e (v) a jurisprudência brasileira, na qual se encontram algumas decisões que justificam restrições a direitos com base na ideia de que as exigências inerentes ao funcionamento de determinadas instituições demandam regimes especiais (embora, segundo a autora, não se identifique, em nenhum caso, o emprego da metodologia da ponderação). Calha transcrever, um trecho de uma das decisões citadas pela autora referente à jurisprudência suíça (ATF 123 I 296), em que foi determinado a uma professora que deixasse de portar símbolos religiosos durante suas aulas (no caso, em especial, véu) - o Tribunal entendeu que as graves restrições às liberdades constitucionais devem estar expressas de forma clara e inequívoca em uma lei em sentido formal, mas no caso de uma prescrição de comportamento específica (proibição de usar véu) não cabe exigir uma base legal muito precisa; entendeu o Tribunal que o fato de a recorrente ser uma funcionária pública submetida a uma relação especial de poder, à qual aderiu livremente, justificava a desnecessidade de que a restrição à sua liberdade estivesse fundada em uma base legal particularmente precisa: "De fato, a variedade de relações cotidianas entre o agente público e autoridade da qual depende exclui que os comportamentos a limitar ou a proibir possam ser previstos em uma nomenclatura exaustiva. É suficiente assim que a lei indique, de maneira geral, por meio de conceitos jurídicos indeterminados, os valores que devem ser respeitados e que podem ser concretizados por regulamento ou por decisão individual. Diversamente, em seu conteúdo, as restrições às liberdades públicas devem estar justificadas pelo fim e pelo bom andamento da instituição. Enfim, o respeito aos princípios do interesse público e da proporcionalidade será controlado de forma bem mais rigorosa se a afetação aos interesses do funcionário é grave e a base legal imprecisa (...)".

impermeabilidade jurídica do âmbito doméstico do Estado nem das relações ali travadas); (ii) a noção de relação especial de sujeição não pode ser, por si só, utilizada como justificativa ou instrumento para limitar os direitos fundamentais da pessoas nelas insertas; (iii) o administrado não pode ser considerado unicamente como um meio humano necessário para realizar os fins de determinadas instituições - no entanto, esses fins podem justificar, atendidos os pressupostos constitucionais, limitações a direitos e liberdades do administrado; (iv) não se admite o argumento sobre a existência de uma renúncia generalizada dos direitos fundamentais por parte daqueles que se inserem em uma organização administrativa, seja porque existem integrações compulsórias (como o caso dos presos) seja porque uma renúncia indiscriminada dos direitos fundamentais equivaleria a renunciar à própria dignidade da pessoa humana, o que é inadmissível; (v) as limitações dos direitos fundamentais no âmbito das relações de sujeição especial carecem de alguma base constitucional e legal, não podendo ser estabelecidas de forma autônoma pela Administração; (vi) essas limitações devem ser absolutamente necessárias para se garantir o cumprimento dos fins da instituição - deve haver uma concordância prática entre esses fins e os direitos fundamentais dos administrados (observando-se, portanto, o princípio da proporcionalidade).⁸⁴⁸

Jane Reis Gonçalves Pereira defende que, na verdade, o conceito das relações de sujeição especial pode desempenhar uma função argumentativa importante na fundamentação de decisões restritivas de direitos no âmbito das instituições nas quais se integram as relações de sujeição especial. Partindo da premissa de que toda restrição deve atender à exigência de proporcionalidade, a noção de relação de sujeição especial pode funcionar como critério argumentativo racional e constitucionalmente adequado para orientar a ponderação de interesses. No entanto, não deve ser utilizado como um parâmetro interpretativo autônomo e sim como um argumento subsidiário a ser considerado: (i) na determinação do fim constitucional perseguido pela medida restritiva (hierarquia militar, eficiência administrativa etc) e (ii) na análise da proporcionalidade em sentido estrito da restrição realizada. Dessa forma, a relação de sujeição especial, de um lado, cuida de evidenciar a existência de um fim constitucionalmente legítimo que será promovido por meio da atividade restritiva do direito fundamental e, de outro lado, a concepção da relação de sujeição especial deve ser entendida, no processo de ponderação, como um elemento a ser considerado na atribuição de peso ao bem constitucional contraposto ao direito fundamental. No entanto, a autora alerta que a categoria deve ser empregada com muita prudência (pois a utilização do conceito de forma isolada e genérica para fundamentar restrições pode debilitar excessivamente os direitos fundamentais dos indivíduos inseridos em uma relação de sujeição especial, levando a um déficit de racionalidade da decisão) - daí que a mera

⁸⁴⁸ SILVA, **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição**, p. 118 e 119.

necessidade de conferir à Administração certa margem de manobra em seus assuntos internos não justifica a compressão de direitos fundamentais; mostrando-se necessário que, em cada caso, a especial condição que deflui da inserção do indivíduo na relação de sujeição especial, aliada a outras circunstâncias, justifique a restrição de direitos imposta a fim de resguardar os objetivos visados pela instituição pública. Noutras palavras: as relações de sujeição especial só podem justificar restrições a direitos fundamentais na medida em que buscam promover bem ou valor constitucionalmente legítimo a elas relacionado - por isso mesmo, as limitações aos direitos fundamentais daí decorrentes não precisam estar previstas de forma expressa na Constituição, devendo ser aferida sua constitucionalidade à luz da teoria geral das restrições aos direitos fundamentais (devendo, pois, serem considerados nas ponderações que envolvem esse processo: a relevância do bem promovido pela instituição na qual se insere a relação de sujeição especial, o peso abstrato do direito fundamental atingido e a gravidade da restrição imposta a ele). A ideia da relação de sujeição especial pode funcionar, pois, como um argumento acessório na apreciação da proporcionalidade das medidas que afetam os direitos fundamentais.⁸⁴⁹

Trazendo o tema para o âmbito das relações funcionais, é possível delimitar também algumas premissas:

- i. como já amplamente exposto, as relações funcionais são relações de sujeição especial, vínculos jurídico-administrativos, de forma que, em todos os seus aspectos, são tocadas pelo Direito (em especial, pelo direito público, considerando que o Estado-Administração ocupa um dos pólos da relação);
- ii. a relação funcional, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, tem assento constitucional como uma relação de status especial - como já mencionado anteriormente, a Constituição brasileira cuida de diversos aspectos que dizem respeito ao vínculo funcional e, em especial, ao regime disciplinar que lhe é aplicado;
- iii. daí ser possível se extrair que a Constituição protege alguns bens e valores que fundamentam a relação funcional (em função dos quais essa relação existe e tem um status especial): por exemplo, a organização administrativa, de forma geral, a funcionalidade da atuação estatal para atingir sua finalidade primordial de tutela do interesse público, o dever de boa administração (como já exposto na primeira parte deste estudo), bem como a moralidade, a probidade administrativa e a responsabilidade funcional (estas últimas retiradas especialmente das regras relacionadas ao regime disciplinar aplicado à relação funcional)

⁸⁴⁹ PEREIRA, As restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição.

- iv. são esses bens ou valores ligados ao atingimento dos fins estatais (e que também são protegidos constitucionalmente) que podem eventualmente se chocar com os direitos fundamentais dos servidores públicos no âmbito da relação funcional;
- v. parece pacífica, como exposto, a possibilidade de existirem restrições a esses direitos fundamentais dos servidores públicos com fundamento na relação funcional, como relação de sujeição especial que é (fundamentada portanto, nos bens e valores constitucionais citados *supra*) - noutras palavras, é possível se afirmar que o âmbito de proteção definitivo de alguns dos direitos fundamentais dos servidores públicos no âmbito da relação funcional podem contar com âmbito de proteção efetivo menos alargado do que ocorre no âmbito de relações de sujeição geral;
- vi. esse possível maior estreitamento do âmbito de proteção dos direitos fundamentais dos servidores públicos não ocorre, portanto, em função da existência de um princípio que, em abstrato, preveja a supremacia do interesse público sobre o interesse particular;
- vii. no entanto, o fato de relação funcional ser classificada como uma relação especial de poder não é suficiente para, *por si só*, servir de justificativa para a restrição dos direitos fundamentais dos servidores;
- viii. mas, por outro lado, a caracterização da relação funcional como uma relação de sujeição especial pode desempenhar uma importante função argumentativa na fundamentação das decisões restritivas de direitos fundamentais dos servidores públicos, orientando a ponderação de interesses no sentido do respeito à regra de proporcionalidade (especialmente por indicar o peso constitucional a ser dado aos bens ou valores constitucionais protegidos pelo vínculo funcional, em contraposição ao direito fundamental);
- ix. entretanto, esse reforço argumentativo deve ser utilizado com muita prudência e parcimônia, pois se empregado de forma indiscriminada, isolada e genérica, pode enfraquecer excessivamente os direitos fundamentais dos servidores públicos;
- x. o servidor não pode ser instrumentalizado - de forma redutiva - à realização das finalidades da Administração Pública, pois o fato de ingressar na organização administrativa não lhe retira o status de indivíduo protegido pelo Direito, titular de direitos fundamentais (não se admitindo o argumento de renúncia generalizada de direitos fundamentais nesses casos) - muito embora, como dito, esses fins possam justificar (atendidos todos os demais pressupostos jurídicos para a restrição de direitos fundamentais), o estreitamento do âmbito de proteção de alguns dos seus direitos e liberdades;

- xi. por todo o exposto, as restrições aos direitos fundamentais dos servidores públicos devem ser absolutamente necessárias para promover bem ou valor constitucionalmente protegido, legítimo, diretamente relacionado à relação funcional;
- xii. e, sendo assim, essas restrições não necessitam estar expressamente previstas no texto constitucional, devendo ser aferida sua constitucionalidade sob a ótica da teoria geral das restrições aos direitos fundamentais;
- xiii. donde também é possível concluir pela inexistência de uma regra geral referente à restrição dos direitos dos servidores públicos, em razão de sua inserção em uma relação de sujeição especial ou de uma regra geral que determine que o âmbito de proteção definitivo dos direitos fundamentais dos servidores públicos sempre restará comprimido em razão de estarem inseridos em uma relação de sujeição especial - apenas cabe afirmar que há essa possibilidade;
- xiv. no entanto, por todos os aspectos expostos supra, só será possível verificar a legitimidade desta restrição de forma específica, considerando-se cada direito fundamental eventualmente afetado bem como o bem ou valor jurídico de amparo da relação de sujeição especial que lhe é contraposto.

Considerando, agora, especificamente o objeto deste estudo - o controle de conduta -, como dito, para se realizar a análise de eventuais restrições que podem atingir direitos dos servidores no âmbito desta atuação estatal, será necessário uma análise específica. Com efeito, por um lado, já se deu um indicativo, nos capítulos anteriores, de quais são os bens ou valores constitucionais protegidos por esta atividade estatal: à partida, considerando que é uma espécie de controle interno que se propõe seja analisado sob a ótica da integridade, busca se salvaguardar a moralidade administrativa, o ambiente institucional íntegro, a ética, a probidade, a correção, a honestidade na atividade administrativa, especialmente por se considerar que tais atributos são imprescindíveis para que o Estado efetivamente alcance a realização de sua finalidade primordial, que é a tutela do interesse público. Para além disso, considerando todos os aspectos já analisados anteriormente sobre o controle de conduta, também é possível afirmar como bens ou valores que fundamentam essa atividade estatal o dever de boa administração, a funcionalidade dos serviços administrativos, e a própria organização administrativa.

Por outro lado, o controle de conduta pode afetar direitos fundamentais dos servidores, como o direito de acesso à informação ou à publicidade dos atos processuais (já que alguns procedimentos repressivos-investigativos contêm fases inquisitoriais) ou mesmo o direito à tutela jurisdicional (que, em alguns aspectos - inclusive no citado anteriormente quando se tratou da aplicabilidade desta garantia no âmbito das modernas relações de sujeição especial - pode ter seu âmbito de proteção restringido, até em virtude do princípio

da separação de poderes). Como dito, para se verificar se essa eventual restrição é ou não legítima, é necessária uma análise específica que aborde todos os aspectos *supra* citados.

Ocorre que, como já adiantado algumas vezes no curso desta tese, existe um direito fundamental dos servidores públicos - na verdade, um *cluster right*, ou seja, um direito complexo formado por um feixe de direitos que dele se inferem e nele se incluem, dando-lhe forma - que, ao que parece, pode ser especialmente alcançado pela atividade estatal de controle de conduta, na forma como proposta, seja em seu viés preventivo seja em seu viés repressivo: o direito geral à privacidade.

Essa é a análise específica que se propõe na última parte deste estudo.

PARTE III. A (RE)ANÁLISE DO DIREITO À PRIVACIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS E O CONTROLE INTERNO DE CONDUTA

CAPÍTULO I. UMA (RE)CONFIGURAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE

1. A VALORAÇÃO MODERNA DA PRIVACIDADE

A discussão sobre a existência e a configuração de espaços públicos e privados e a forma de tutela jurídica que deve haver em cada um deles é antiga. Por exemplo, nas antigas culturas grega e romana, cada qual a seu modo, já havia a percepção (embora um tanto diversa da atual) da existência de espaços com diferentes configurações em que o indivíduo vivia sua vida e desenvolvia suas atividades: o espaço público e o espaço privado⁸⁵⁰. À partida, essa diferenciação, em alguns momentos, continha um viés político e um caráter marcadamente místico, e, em outros, o direcionamento era econômico e mais racional e patrimonial.⁸⁵¹ Na idade moderna, a contraposição entre público e privado passa a se centrar na oposição entre o social e o íntimo: Hannah Arendt, resgatando o pensamento de Rousseau, fala sobre uma espécie de movimento individual de "emancipação psicológica" responsável, na era moderna, pelo descobrimento da intimidade por meio de uma "rebelião

⁸⁵⁰ Nas palavras de Hannah Arendt (**A condição humana**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 47 e 48): "A passagem da sociedade - a ascensão da administração caseira, de suas atividades, seus problemas e recursos organizacionais - do sombrio interior do lar para a luz da esfera pública não apenas diluiu a antiga divisão entre o privado e o político, mas também alterou o significado dos dois termos e a sua importância para a vida do indivíduo e do cidadão, ao ponto de torná-los quase irreconhecíveis. Hoje, não apenas não concordaríamos com os gregos que uma vida vivida na privacidade do que é próprio ao indivíduo (*idion*), à parte do mundo comum, é «idiota» por definição, mas tampouco concordaríamos com os romanos, para os quais a privacidade oferecia um refúgio apenas temporário contra os negócios da *res publica*. O que hoje chamamos de privado é um círculo de intimidade cujos primórdios podemos encontrar nos últimos períodos da civilização romana, embora dificilmente em qualquer período da antiguidade grega, mas cujas peculiares multiformidade e variedade eram certamente desconhecidas de qualquer período anterior à era moderna."

⁸⁵¹ Como destaca Norberto J. de La Mata Barranco e Desirée Barinas Ubiñas (La protección penal de la vida privada en nuestro tiempo social: ¿necesidad de redefinir el objeto de tutela?, **Revista de Derecho Penal y Criminología**, n. 11, p. 13 a 92, 2014) muito embora na Grécia antiga a reflexão e o mundo interior do sujeito tivessem especial importância como instrumentos necessários para se alcançar a sabedoria, a relevância da polis e da comunidade na estrutura social impunha aos indivíduos uma maior exposição à sociedade, uma participação mais ativa na vida do Estado, de forma que se lhes encolhia o espaço para questões estritamente privadas - os gregos, na verdade, atribuíam ao espaço íntimo um certo caráter místico e exaltavam o espaço público como aquele em que o homem efetivamente se desenvolvia. Já os povos romanos tratavam a intimidade como uma espécie de "direito de propriedade de si mesmos", desvinculando-o dessa característica mística e aproximando-o de uma concepção patrimonial; entendia-se que do direito individual à proteção da propriedade privada decorria a proteção do domicílio, da segurança e da ordem pública. Na época medieval percebe-se um maior desenvolvimento da esfera privada, com muitas das atividades humanas sendo realizadas no espaço circunscrito dos feudos; nessa realidade, a religião - em especial, o cristianismo - assume o importante papel de conectar a esfera íntima ao espaço em que o homem mantém contato com Deus (afastando-a da concepção patrimonial e levando o indivíduo a uma maior introspecção, o que aumenta, portanto, a importância da esfera privada). Sobre a evolução da esfera privada no período feudal, veja-se: ARENDT, **A condição humana**, p. 44 e 45.

do coração"⁸⁵² fundada no inconformismo do indivíduo com a maneira como se encontravam definidos os traços sociais, o que teria levado o homem a buscar resolver seus conflitos internos na sua individualidade, de forma a melhor viver no espaço público, gerando, assim, um declínio na forma de expressão coletiva e uma expansão da individualidade. Essa aparente tensão entre o conformismo no espaço público e o inconformismo e o individualismo no âmbito privado explicaria a necessidade de proteção da privacidade para os modernos.⁸⁵³

Ou seja, na era moderna, a concepção da intimidade afasta-se dos componentes místicos, religiosos e mesmo patrimoniais, passando a se conectar com os direitos da pessoa e especificamente com a opção do indivíduo, provido de uma razão livre, de expressar ou não aquilo que pensa, sente, acredita, pratica - espaço esse que se mostra necessário para garantir o livre desenvolvimento da personalidade. Mas, se as sociedades modernas trazem consigo as condições para tal desenvolvimento da privacidade, ao mesmo tempo, também carregam perigos - especialmente decorrentes do controle pelo Estado -, de forma que a proteção vida privada transita entre um produto da necessidade e uma questão de liberdade⁸⁵⁴. É que se mostra evidente que a liberdade existe tanto no espaço público quanto no espaço privado, não sendo este, portanto, um critério diferenciador entre estes dois *locus*, cabendo melhor tal *discrímen* à exigência de visibilidade oferecida a tudo aquilo que gravita

⁸⁵² Segundo a autora (ARENDT, **A condição humana**, p. 47 a 51), essa "rebelião": a qual: (i) seria voltada contra uma suposta opressão dos sentimentos humanos pela sociedade por meio da intrusão nos espaços mais recônditos do sujeito; (ii) derivaria dos intermináveis conflitos do homem moderno, de sua incapacidade de se sentir completamente à vontade na sociedade e, ao mesmo tempo, de viver inteiramente fora dela; (iii) seria dirigida, especialmente, contra uma espécie de "conformismo" da sociedade, que impõe aos homens exigências niveladoras no nível social, pouco importando se essa comunidade se compõe de elementos em posição de igualdade ou não, impondo que todos seus membros ajam como se fossem parte de uma "enorme família" dotada de uma única opinião e de um único interesse. Quanto ao último ponto, citam-se as palavras de Hannah Arendt (p. 50 e 51): "Com Rousseau, encontramos essas imposições nos salões da alta sociedade, cujas convenções sempre equacionam o indivíduo com a sua posição dentro da estrutura social. O que importa é esse equacionamento com a posição social, e é irrelevante que a estrutura seja a categoria na sociedade semifeudal do século XVIII, o título na sociedade de classes do século XIX, ou a mera função na atual sociedade de massas. O surgimento da sociedade de massas, pelo contrário, indica apenas que os vários grupos sociais foram absorvidos por uma sociedade única, tal como as unidades familiares haviam antes sido absorvidas por grupos sociais; com o surgimento da sociedade de massas a esfera do social atingiu finalmente, após séculos de desenvolvimento, o ponto em que abrange e controla, igualmente e com igual força, todos os membros de determinada comunidade. Mas a sociedade equaliza em quaisquer circunstâncias, e a vitória da igualdade no mundo moderno é apenas o reconhecimento político e jurídico do fato de que a sociedade conquistou a esfera pública, e que a distinção e a diferença reduziram-se a questões privadas do indivíduo."

⁸⁵³ CACHAPUZ, Maria Cláudia, **Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico**, Porto Alegre: S.A. Fabris Editor, 2006, p. 70 e 71.

⁸⁵⁴ BARRANCO; UBIÑAS, La protección penal de la vida privada en nuestro tiempo social: ¿necesidad de redefinir el objeto de tutela? Segundo os autores, a vida privada deixa de ser um componente etéreo e místico que escapa à proteção da lei, ao mesmo tempo que se abandona sua conceituação como um privilégio da classe nobre vinculado ao direito de propriedade - passa a ser conformada como um direito de todos, derivado da ideia de igualdade, no sentido de que se garantir um espaço próprio, individual a cada um é tão importante como garantir os espaços públicos de interação e de participação política.

nessas esferas (maior no espaço público e menor ou inexistente no âmbito privado) e à convicção de que ambos os espaços estão inevitavelmente ligados entre si.⁸⁵⁵

Vê-se, pois, que a ideia de privacidade - e, logo, seu conceito - é fluida e mutável, dependente de vários aspectos relacionados ao corpo social (como o momento histórico ou as peculiaridades culturais), ao indivíduo e à sua forma de se relacionar consigo mesmo e com a sociedade. Contemporaneamente, o grande epicentro do tratamento da questão sobre a existência de um "direito à privacidade" deu-se com a publicação, na *Harvard Law Review*, em dezembro de 1890, do estudo elaborado por Samuel Warren e Louis Brandeis - *The right to privacy*^{856 857} -; a partir desta publicação, foi sendo construído, especialmente no âmbito do ordenamento norte-americano, as bases jurídicas de uma teoria da privacidade que então se identificava com o *right to be alone*.

Como é sabido, o ensaio voltou-se a reconhecer um novo direito, autônomo - *privacy* ou *right to be alone* - que, sob questão de fundo referente aos excessos que vinham sendo praticados pela imprensa americana quanto à publicação de fatos referentes à intimidade do universo familiar e privado dos cidadãos (especialmente em razão da popularização das câmeras fotográficas)⁸⁵⁸, trouxe à tona a discussão acerca da tutela sobre tudo aquilo que o indivíduo desejasse subtrair do conhecimento do público, protegendo-se a inviolabilidade da personalidade.⁸⁵⁹

O debate trazido por Warren e Brandeis pode ser sintetizado, assim, como uma discussão sobre aquilo que deve / pode ser exibido e aquilo que deve / pode ser ocultado, reconhecendo-se que existem espaços distintos (ainda que interdependentes) para a *exposição* e para a *reserva*. Trazendo a discussão para a atualidade, é possível se afirmar inclusive que, de certa forma, a questão se mantém (e acaba até preservando uma ideia antiga - não necessariamente correta -) quando se entende haver uma busca corriqueira de maior liberdade nos espaços públicos em razão da ideia geral de que seriam estes os espaços de afirmação do indivíduo, muito embora aparentemente sejam os espaços privados os mais propícios ao desenvolvimento da essência e da originalidade individuais (as quais, em um

⁸⁵⁵ CACHAPUZ, **Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro**, p. 74 e 75.

⁸⁵⁶ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D., *The right to privacy*, **Harvard Law Review**, V, n. 5, 1890.

⁸⁵⁷ Entretanto, antes mesmo do citado artigo, Edward Lawrence Godkin já havia publicado *Rights of the Citizen - IV - To his own reputation*, no qual já havia adotado a ideia de *right to privacy*.

⁸⁵⁸ WARREN; BRANDEIS, *The right to privacy*. Admitindo uma evolução jurídica na tutela da pessoa no sentido de englobar bens imateriais ou intangíveis, os autores propuseram a análise desse "novo direito" autônomo, caracterizado a partir de uma ideia de não intrusão, como uma garantia em prol da disposição do indivíduo de ser deixado só (ou de ser deixado em paz), uma salvaguarda contra ser molestado em seu espaço de intimidade e em relação aos assuntos privados que não fossem de interesse público; direito esse que, já à partida, parecia se contrapor ao direito de informação dos cidadãos.

⁸⁵⁹ *Ibid.*

segundo momento, seriam partilhadas em um espaço público). Daí a relevância de se manter um espaço reservado ao que é singular, por sua aptidão para contribuir com a construção de um espaço característico das coisas comuns.⁸⁶⁰

The right to privacy, como dito, teve grande repercussão no ambiente jurídico norte-americano - inclusive no sentido autonomizar a proteção da privacidade, desvinculando-a da tutela da propriedade ou da honra⁸⁶¹ -, tendo influenciado decisões das cortes de justiça e sido objeto de inúmeras análises doutrinárias. Dessas, merece destaque a construção de William Prosser que, décadas mais tarde (em especial, estudos elaborados em 1941 e 1960), desenvolveu um exame histórico-jurisprudencial do direito à privacidade⁸⁶², a partir de inúmeros precedentes judiciais norte-americanos posteriores ao artigo de Warren e Brandeis⁸⁶³, tendo concluído que o direito à privacidade poderia sofrer quatro espécies distintas de violação (os chamados *torts* ou ilícitos não penais) que se relacionavam a diferentes interesses individuais ligados ao *right to be alone*: (i) a intromissão na intimidade, no universo solitário das pessoas, em seus assuntos privados; (ii) a divulgação de fatos da intimidade do sujeito para o público, que resultam em embaraço e constrangimento para o indivíduo atingido; (iii) a publicização enganosa ou distorcida de fatos sobre o indivíduo, condenando a pessoa a uma falsa imagem perante o público e (iv) a apropriação do nome e

⁸⁶⁰ CACHAPUZ, **Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro**, p. 80 a 87. Sobre o assunto - considerando a separação entre o espaço para se preservar o que é íntimo e o espaço para se garantir a visibilidade do que é comum -, cite-se ainda as lições de Hannah Arendt (**A vida do espírito**, Rio de Janeiro: Relume Dumara, 2002) sobre o "mundo das aparências" e a necessidade, no mundo moderno, de um espaço reservado para o desenvolvimento das singularidades de cada indivíduo.

⁸⁶¹ Com efeito, Barranco e Ubiñas (La protección penal de la vida privada en nuestro tiempo social: ¿necesidad de redefinir el objeto de tutela?) destacam que os juízes americanos começam a desenvolver a ideia de que o *common law* garante ao indivíduo o direito de determinar em que medida seus pensamentos, sentimentos e emoções podem ser comunicadas aos outros, sendo possível deduzir daí um direito de não ser obrigado a expressá-los e de poder estabelecer limites para sua difusão (por qualquer meio), entendendo-se, assim, que a privacidade configura um direito independente da propriedade. Também passam a diferenciar o direito à vida privada do direito à honra, considerando que o direito à honra se situa em um plano exterior, referindo-se a um dano causado à reputação da pessoa frente à sociedade que a rodeia, enquanto a privacidade se situa em um plano interno e subjetivo, relacionando-se com um dano causados aos pensamentos, sentimentos e emoções do indivíduo (podendo, pois, o dano à privacidade ocorrer de forma independente).

⁸⁶² Veja-se: PROSSER, William L., **Handbook of the law of torts**, St. Paul: West Publishing Co., 1941; e, em especial, PROSSER, William L., Privacy, **California Law Review**, v. 48, n. 3, p. 383–423, 1960.

⁸⁶³ RICHARDS, Neil M.; SOLOVE, Daniel J., Prosser's privacy law: a mixed legacy, **California Law Review**, v. 98, p. 1887–1924, 2010. Os autores apontam que muito embora tenha existido uma profícua produção doutrinária sobre o direito à privacidade após a publicação do artigo de Warren e Brandeis e tenha realmente ocorrido o reconhecimento da existência de uma tutela à privacidade pelos tribunais norte americanos os anos seguintes, fato é que o direito à privacidade parecia atuar como uma espécie de causa residual de tutela, para aqueles casos em que eram identificadas ações que resultavam em lesão emocional que não eram tuteladas por outros instrumentos (como, por exemplo, que não constituíam casos de difamação). Dessa forma, naquele momento não estava claro se a agressão à privacidade sobreviveria como uma causa autônoma e independente de ação ou se seria absorvida por outros instrumentos que tutelassem de forma ampla essa "lesão emocional".

da aparência do indivíduo⁸⁶⁴ (que se refere a uma apropriação em sentido amplo daquilo que pertence ao âmbito pessoal e é da identidade própria de cada indivíduo). Embora tenha tido certa influência na jurisprudência, o entendimento de Prosser sofreu severas críticas relacionadas com o seu casuismo (*id est*, eminentemente descritivo da situação jurídica da época e aparentemente vocacionado a simplesmente moldar a doutrina a partir dessas hipóteses normativas já conhecidas), ao reducionismo que promovia das múltiplas hipóteses de invasão de privacidade e aos problemas de sobreposição de mais de um *tort* em um mesmo comportamento. Destaca-se a crítica elaborada por Edward Bloustein quanto ao fato de Prosser desvirtuar o entendimento da privacidade como um direito novo, independente e voltado à tutela de um interesse único e fundamental - na verdade, segundo Bloustein, as invasões à privacidade não adviriam de quatro interesses distintos com muito pouca coisa em comum (como alegava Prosser), mas sim de casos com uma característica similar: um dano único, considerado como um insulto à individualidade, ao desenvolvimento da personalidade e à dignidade da pessoa humana⁸⁶⁵. A par da inegável influência da doutrina de Prosser - especialmente no direito norte-americano -, certo é que os *torts* de privacidade se mostraram ineficazes para lidar com as situações que foram sendo agregadas ao âmbito de proteção do direito à privacidade ao longo do tempo, especialmente as referentes à coleta, ao tratamento, ao uso e à disseminação de informações pessoais na atual era da informação.⁸⁶⁶

Também por volta da metade do século XX, mas do outro lado do Atlântico, começava a ganhar especial relevância a teoria alemã das esferas (*sphärentheorie*) quanto ao direito de

⁸⁶⁴ PROSSER, Privacy. O autor destaca que, compreensivelmente, as primeiras decisões sobre o direito à privacidade estavam muito voltadas a discutir ou não a própria existência do referido direito, sem uma preocupação inicial sobre se questionar quais interesses estavam sendo protegidos e contra quais tipos de conduta. A partir da análise destas decisões iniciais é que Prosser conclui que, na verdade, o direito à privacidade buscava proteger o indivíduo contra quatro tipos de condutas ilícitas, sendo que, como dito, cada uma delas representava, de alguma forma, um interferência no direito do indivíduo de "ser deixado em paz" (as quais estão unidas pelo "nome comum", mas que, fora isso, não possuem quase nenhuma outra semelhança que não o fato de se relacionarem com o direito do autor de ser deixado em paz).

⁸⁶⁵ RICHARDS; SOLOVE, Prosser's privacy law: a mixed legacy. Segundo Bloustein, se a teoria de Prosser estivesse correta, não haveria um novo ilícito - *tort* - de violação à privacidade, mas apenas novas formas de cometer velhas irregularidades. Alexandre de Sousa Pinheiro (**Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**, Tese de doutoramento, Faculdade de Direito - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2011, p. 412), entretanto, destaca que Prosser e Bloustein partem de pontos diferentes de análise: "Prosser analisa a realidade com a técnica do legislador, ao passo que Bloustein a aprecia saindo de uma base doutrinária que visa a máxima unidade possível da complexidade sistémica marcada por divisões. O interesse de Prosser em reduzir a multiplicidade a 'unidades' decorre da necessidade de tipificar *torts*, enquanto Bloustein procura o 'valor' protegido."

⁸⁶⁶ RICHARDS; SOLOVE, Prosser's privacy law: a mixed legacy. De fato, a análise de Prosser explicitamente configurando os *torts* de privacidade a partir de uma ideia de que lhes faltaria coerência conceitual, prejudicou o desenvolvimento e limitou a capacidade de serem adaptados para novas circunstâncias (como os problemas atuais referentes aos dados pessoais).

personalidade, incluída aí a privacidade individual⁸⁶⁷. Segundo esta teoria, a personalidade seria formada por "camadas" ou "esferas", distribuídas do centro para a periferia, diminuindo-se o grau de proteção à medida em que se afasta do centro⁸⁶⁸. Heinrich Hubmann, em sua obra *Das Persönlichkeitsrecht* (1953), tratou do direito ao desenvolvimento da personalidade como um direito fundamentado na liberdade geral de ação prevista no art. 2º da Constituição alemã - distinguindo inicialmente o espaço da vida pública e a esfera privada (na qual estariam inseridos os atos, notícias e manifestações de comportamento que o indivíduo deseja afastar do conhecimento público), o autor defendeu a preservação jurídica da personalidade individual contra a "massificação" e a "curiosidade" por meio de três círculos de proteção: a esfera individual, a esfera privada e a esfera secreta (a primeira esfera diria respeito à integração do indivíduo no mundo e ao seu valor singular na área pública, enquanto as duas últimas consistiriam em proteções contra a área pública). Posteriormente, Heinrich Henkel inseriu no campo da esfera privada - no qual o acesso ao conhecimento público é restrito, mas plausível caso exista interesse público - outros três campos progressivamente menores: (i) a intimidade, campo de conhecimento do qual são excluídos a coletividade e também todos aqueles que não gozam de um grau de confiabilidade para conviverem com o indivíduo em um âmbito mais restrito, englobando, pois, atos e fatos que o indivíduo apenas gostaria de compartilhar com pessoas de sua confiança particular; (ii) a reserva, campo no qual se inclui tudo aquilo que é identificado como confidencial (assuntos, portanto, que demandam uma ainda maior proteção contra a indiscrição); e (iii) o segredo, campo correspondente aos assuntos da vida íntima que o indivíduo deseja manter em sigilo e que, quando muito, são compartilhados com poucos amigos (merecendo, portanto, uma proteção legal ainda mais rigorosa).⁸⁶⁹

Embora a teoria das esferas também tenha tido bastante influência - inclusive no Brasil - no desenvolvimento dos estudos sobre o direito à privacidade, ela foi sendo progressivamente abandonada nos países onde havia começado por ser adotada (a começar

⁸⁶⁷ CACHAPUZ, **Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro**, p. 110. e 111.

⁸⁶⁸ MAURMO, Júlia Gomes Pereira, A distinção conceitual entre privacidade, intimidade, vida privada, honra e imagem, **Revista de Direito Privado**, v. 57, p. 33 a 47, 2014. A autora lembra que a nomenclatura utilizada para cada uma das esferas ou mesmo o número de círculos concêntricos varia de autor para autor.

⁸⁶⁹ AIETA, Vânia Siciliano, **A garantia da intimidade: como direito fundamental**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 103 e 104. Adiante (p. 105 e 106), a autora destaca que a teoria das esferas deve ser entendida sob dois aspectos, que devem ser conjugados, para uma eficaz proteção à vida privada: o técnico-jurídico e o ideológico-político. "Nesse sentido, a radical contraposição indivíduo-comunidade só pode ser aceita como uma hipótese lógico-teórica, onde o sujeito tenha sido erradicado da sociedade e das instituições, sob pena de seu afastamento, no âmbito das situações comuns macular uma análise perfeita. (...) Também é importante se ter em conta que as distintas esferas concêntricas podem se comunicar de forma a construírem, por diversas vezes, uma espiral, em que, por intermédio de consentimento do titular, os componentes de uma zona poderiam passar para outra. com relação ao fenômeno de interseção das esferas".

pelos tribunais alemães)⁸⁷⁰. As críticas à sua utilização, em resumo, eram relacionadas: (i) à dificuldade de se determinar o conteúdo específico das esferas e sua amplitude, uma vez que essa classificação se baseia em uma apreciação subjetiva dos bens jurídicos envolvidos em cada uma das esferas bem como na ponderação dos interesses tutelados⁸⁷¹ (especialmente porque esse contexto pode variar inclusive a depender do indivíduo - sua notoriedade, exposição pública, atividade profissional, funções desempenhadas e até em razão da forma como a pessoa trata sua própria privacidade); e (ii) ao fato de que a teoria pressupõe uma separação absoluta entre espaço público e espaço privado, e uma espécie de definição apriorística do que se enquadra em cada uma dessas esferas, o que não seria adequado especialmente à época atual⁸⁷².

No entanto, ainda que afastada a *sphärentheorie*, fato é que restou sedimentado na comunidade jurídica o entendimento de que ao menos duas esferas mereciam alguma diferenciação quanto à forma de tutela jurídica: a esfera pública e a esfera privada. E, como exposto, não porque demandassem critérios diferentes de valoração do direito de liberdade (já que em ambas as esferas a liberdade pode atingir o mesmo grau de relevância), mas sim por constituírem espaços distintos de manifestação da experiência humana - e, como tal, exigirem formas de tutela jurídica também distintas.⁸⁷³ A grande questão continua sendo, entretanto, a de saber se uma determinada situação fática, concreta, merece tutela como uma hipótese englobada pela esfera da vida privada ou se, ao contrário, o interesse público que nela se reconhece demanda uma tutela da esfera pública, pendendo para sua visibilidade. O

⁸⁷⁰ Vale ressaltar, entretanto, que Vellêda Bivar Soares Dias Neta (Vida privada e intimidade: estrutura, conceito, função e limites na busca da tutela integral da pessoa humana, **Anais do XIX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI)**, p. 8136 a 8156, 2010), em análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro identifica ainda, nas decisões da corte, forte influência da teoria das esferas concêntricas.

⁸⁷¹ PIRES, Lucas de Almendra Freitas, **Direito à privacidade no âmbito da sociedade da informação: reflexões em torno da questão nos inícios do século XXI**, Dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 44 e 45.

⁸⁷² CARDOZO, Virgínia Fehlberg, **O direito à intimidade da vida privada: o problema do enquadramento jurídico-constitucional das escutas telefônicas em processo penal**, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 58 e 59. Veja-se, ainda, a lição de Pedro Pais de Vasconcelos (**Direito de personalidade**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 80) sobre a teoria das três esferas concêntricas: "Esta construção permite a ilusão de exactidão e rigor na aplicação do direito, mas não resiste a um olhar atento. A questão é de relacionamento da pessoa com os outros. Nesse campo, se há que distinguir estratos, não se encontra justificação para que sejam só esses três. A intimidade e a privacidade são gradativas e não podem ser rigidamente distribuídas por prateleiras fixas. (...) A distinção das três esferas é formal e introduz fracturas artificiais num 'continuum' gradual de intensidade. Numa imagem plástica, a teoria das três esferas quebrou uma rampa suave e subtil com três degraus abruptos. Entre o segredo total daquilo que não se conta a ninguém e a publicidade daquilo a que se dá abertura total, há uma relação de polaridade. Não se deve, pois, concluir que isto é íntimo, aquilo é privado e o resto é público; mas antes que isto é mais íntimo ou mais privado que aquilo, e que esta pessoa nos é mais íntima do que aquela. Se fosse possível distinguir estratos, eles teriam de ser inúmeros, tantos que a sua operacionalidade se frustraria. Em nossa opinião, a teoria dos três círculos é uma tentativa falhada que tem, todavia, o mérito de sugerir a polaridade."

⁸⁷³ CACHAPUZ, **Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro**, p. 105 e 106.

que remete, portanto, às seguintes perguntas centrais: como conceituar atualmente o direito à privacidade, qual a amplitude desta definição, como identificar quais tipos de ato / fato / informação merecem cada espécie de tutela?

Desde já é necessário deixar claro que não existem respostas definitivas para estas perguntas - o que, no entanto, não afasta (ao contrário, recomenda) constantes reflexões sobre elas. Como diretriz inicial para este estudo, propõe-se ter em mente, na esteira da doutrina de Pedro Pais de Vasconcelos, que as concepções entre aquilo que é público (completamente aberto e compartilhado com todos) e aquilo que é totalmente privado (vedado ao conhecimento e ao contato dos outros) encontram-se em pólos opostos, mas o avançar de um para o outro ocorre por meio de uma escala progressiva e gradual, sem saltos bruscos - por essa razão, repise-se, não se cogita utilizar a teoria das esferas concêntricas para buscar uma melhor compreensão do objeto de tutela do direito à privacidade⁸⁷⁴.

Do exposto resulta assim, à partida, que para se construir uma ideia mais ampla do que representa o direito à privacidade, com o intuito de melhor dimensionar sua amplitude e a importância de sua garantia, propõe-se refletir sobre o significado e o valor da proteção da privacidade para o indivíduo e para a sociedade moderna.

Como exposto, a privacidade, ao longo dos tempos, foi adquirindo diferentes feições baseando-se em diversas necessidades e realidades, desde um aspecto místico, religioso, patrimonial até à proteção da personalidade e da liberdade do indivíduo.

Assim, a par da dificuldade de se determinar abstratamente o conceito de privacidade, por envolver uma ideia fluida e mutável, e, como consequência, de se definir com precisão o que deve ser tutelado no âmbito da esfera da vida privada do indivíduo, foi se caminhando para uma ideia geral no sentido de a privacidade representar um espaço mínimo de liberdade individual em que se exclui a intromissão do Estado e de outros indivíduos e sem o qual não é possível ao homem se desenvolver⁸⁷⁵. A privacidade estaria, pois, relacionada com aquele

⁸⁷⁴ VASCONCELOS, **Direito de personalidade**, p. 81. Nas palavras do autor: "A polaridade entre o público e o privado corresponde a uma escala progressiva e gradual, sem quebra de continuidade nem saltos bruscos, entre o que é totalmente privado e vedado ao conhecimento e ao contacto dos outros e o que é completamente aberto que se partilha com toda a gente. É difícil, senão mesmo impossível, estabelecer padrões previamente definidos e precisamente delimitados de níveis de privacidade. Tudo depende de tudo. Das pessoas, de cada pessoa, da sua sensibilidade e das suas circunstâncias; das necessidades e exigências da sociedade relativas ao conhecimento e à transparência da vida em comum. É a sempre presente dialéctica entre o eu e os outros, entre o interesse pessoal e o bem comum, entre o subjectivo e o objectivo, entre direito subjectivo e direito objectivo. É inevitável o casuísmo, porque as pessoas e as circunstâncias não são iguais. Em matéria de uma tão intensa intimidade não é possível tipificar." Em sentido semelhante, cite-se: Robert Alexy (**Teoria dos direitos fundamentais** p. 363), que assevera: "entre o mais privado e aquilo que não tem nada de privado existe uma transição gradual", e Luís Roberto Barroso (**Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 60 a 62), que disserta sobre a forma como a vida do homem se desenvolve no espaço privado e no espaço público.

⁸⁷⁵ BARRANCO; UBIÑAS, La protección penal de la vida privada en nuestro tiempo social: ¿necesidad de redefinir el objeto de tutela?

espaço individual, físico ou virtual, livre de ingerências externas indesejadas em que o indivíduo pode se manter em contato consigo mesmo em toda sua singularidade e desenvolver os aspectos de sua personalidade com liberdade - o que lhe possibilita, inclusive, melhor exercer outros diversos direitos fundamentais (especialmente ligados à personalidade) inclusive na seara pública: de fato, por exemplo, geralmente é no espaço privado que o indivíduo desenvolve e amadurece suas convicções e forma de pensar (que ele pode partilhar inicialmente com um pequeno grupo de pessoas muito próximas) para então exercer no espaço público sua liberdade de expressão e de opinião; o espaço privado também lhe permite desenvolver aspectos de sua fé, em suporte necessário ao exercício da liberdade de crença; possibilita seu amadurecimento sobre as questões políticas, comunitárias, sociais, possibilitando assim que ele participe ativamente da vida em sociedade e garantindo as bases para a salvaguarda do pluralismo político no espaço público. É inegável, pois, que o direito à privacidade se interconecta com diversos outros direitos fundamentais do indivíduo, de maneiras variadas (por exemplo, como um pressuposto necessário ou como um requisito que robustece as condições de exercício de outros direitos) - de forma muito especial e muito próxima, com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e, por consequência, com o direito geral de liberdade.

Diversamente do que ocorre em outros países - como na Alemanha⁸⁷⁶, em Portugal⁸⁷⁷ e, em alguma medida, na Espanha⁸⁷⁸ - e mesmo na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o texto constitucional brasileiro não prevê expressamente a existência de um direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, o qual, entretanto, tem sido deduzido, com fundamento na cláusula de abertura do art. 5º § 2º⁸⁷⁹, como um direito implícito decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana (que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil - art. 1º, inciso III da Constituição).

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade está intimamente vinculado ao direito de liberdade pessoal e tem como objetivo principal garantir que o indivíduo não seja impedido de desenvolver sua própria personalidade e de se determinar de acordo com as

⁸⁷⁶ Cuja Constituição prevê em seu art. 2º, que trata dos "direitos de liberdade", no § 1º que: "Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não

atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral."

⁸⁷⁷ Cuja Constituição, em seu art. 26º, nº 1, prevê que: "A todos são reconhecidos os direitos (...) ao desenvolvimento da personalidade (...)."

⁸⁷⁸ No texto constitucional espanhol, o livre desenvolvimento da personalidade é previsto como um princípio - não como um direito fundamental -, um fundamento da ordem política e da paz social. *Verbis*: "Artigo 10. 1. A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamento da ordem política e da paz social."

⁸⁷⁹ *Verbis*: "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."

suas convicções, implicando uma proteção abrangente contra todas as formas de violação dos bens da personalidade (reconhecidos expressamente pela Constituição ou não); ou seja, visa possibilitar que o indivíduo realize as escolhas referentes ao seu próprio projeto de vida, a partir de sua percepção do que é melhor para si⁸⁸⁰. E, por consequência, ao se vincular a essa proteção geral dos direitos da personalidade, impele a se admitir que o rol dos direitos de personalidade (previstos expressamente no texto constitucional ou na legislação inferior) não é taxativo, operando o princípio da dignidade da pessoa humana e, de forma mais específica, o próprio direito ao livre desenvolvimento da personalidade como uma cláusula de abertura aos demais direitos da personalidade não previstos expressamente.⁸⁸¹

Na Alemanha, o referido direito foi qualificado, pelo Tribunal Constitucional, como um direito à liberdade geral de ação⁸⁸² - estabelecendo-se portanto, uma concepção ampla do

⁸⁸⁰ MOREIRA, Rodrigo Pereira, **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: caminhos para a proteção e promoção da pessoa humana**, Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015, p. 81. Ou, nas palavras do autor: "considerando a sua percepção de vida boa", de forma a relacionar a ideia do direito ao livre desenvolvimento da personalidade com um direito à busca pela felicidade. Adiante, o autor destaca que seria possível ao Direito assegurar não a felicidade em si, mas sim o direito de buscá-la a partir da salvaguarda da autonomia individual, possibilitando que o indivíduo desenvolva suas potencialidades de acordo com aquilo que lhe traz prazer, alegria e afastando-se daquilo que o perturba - e arremata: "o livre desenvolvimento da personalidade abrange a escolha existencial sobre a vida boa e feliz."

⁸⁸¹ SARLET, MARINONI, MITIDIERO, **Curso de direito constitucional**, ebook. Os autores destacam que o fato de existirem diversos direitos especiais de personalidade consagrados de forma autônoma na Constituição brasileira não relega à cláusula geral de proteção da personalidade um caráter complementar ou meramente simbólico, pois "muito antes pelo contrário, assume a condição de direito fundamental autônomo, destinado a assegurar a livre formação e desenvolvimento da personalidade, a proteção da liberdade de ação individual e a proteção da integridade pessoal em sentido integral e não reduzida às refrações particulares que representam o âmbito de proteção dos direitos especiais de personalidade."

⁸⁸² Entendimento consagrado pelo Tribunal Constitucional Alemão no julgamento do caso Elfes, que envolve a aplicabilidade do art. 2º, § 1º da Lei Fundamental de Bonn. No caso concreto, Wilhelm Elfes, político alemão, teve a prorrogação de seu passaporte negada, em função de uma previsão legal sobre o tema que permitia a denegação do pedido por razão de segurança nacional ou de relevante interesse do país. Elfes apresentou ao Tribunal uma reclamação constitucional, a qual, entretanto, foi negada sob a justificativa de que: (i) a liberdade de entrar e de sair do país não estava protegida pelo direito à livre circulação; (ii) dessa forma, a questão deveria ser analisada à luz do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (caso de aplicação subsidiária, já que o direito específico analisado não se aplicava ao caso); (iii) no entanto, a previsão legal que fundamentou a denegação do pedido constituía um limite ao direito geral de ação e ao direito geral de personalidade, de forma, portanto, que o pedido de Elfes não poderia ser acolhido pelo Tribunal. Nesta decisão, o Tribunal definiu alguns pontos importantes sobre o livre desenvolvimento da personalidade, dentre eles: (i) uma concepção ampla do art. 2º, § 1º da Lei Fundamental de Bonn, que engloba uma verdadeira liberdade geral de ação (e não apenas um conteúdo mínimo de liberdade de ação sem o qual a pessoa não poderia se desenvolver intelectual e moralmente); (ii) a subsidiariedade da liberdade geral de ação em relação às liberdades específicas já previstas expressamente no texto constitucional, de forma que se aplica o direito ao livre desenvolvimento da personalidade apenas quando não sejam aplicáveis os outros direitos específicos. Quanto à decisão, especialmente quanto à definição do direito ao livre desenvolvimento da personalidade como um direito à liberdade geral de ação, Alexy (**Teoria dos direitos fundamentais**, p. 341 e 342) assevera: "Desde então, a despeito de inúmeros refinamentos dogmáticos, o Tribunal se tem mantido fiel a essa concepção. Dessa maneira, ele claramente rejeitou as tentativas de controlar a extensão - considerada frequentemente como uma fórmula vazia - tanto do suporte fático quanto da cláusula de restrição do art. 2º, § 1º, por meio de restrições ao suporte fático ou por meio de modificações no caráter geral desse dispositivo."

direito fundamental (não se restringindo a um conteúdo mínimo de liberdade de ação sem o qual a pessoa não poderia se desenvolver intelectual e moralmente). Segundo Alexy, além da proteção das ações, o tribunal estendeu a salvaguarda do direito geral de liberdade a situações e posições jurídicas do titular de direitos fundamentais, tutelando não apenas o "fazer", mas também o "ser" fático e jurídico do indivíduo⁸⁸³. Noutras palavras, no cenário jurídico alemão, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é entendido como uma espécie de direito de liberdade - pertencente à concepção da liberdade geral de ação, que, *a priori*, é a liberdade de fazer ou não fazer aquilo que se quer. Por essa razão foi dito inicialmente que o direito à privacidade - essencial para se garantir o livre desenvolvimento da personalidade - é um direito estreitamente ligado ao direito de liberdade⁸⁸⁴.

De fato, garantir a privacidade do indivíduo é um pressuposto necessário à salvaguarda do seu direito de livre desenvolvimento da personalidade (frente ao Estado e aos demais indivíduos) e, logo, de seu direito de liberdade e, de forma mais abrangente, de sua dignidade. É importante ter essa vinculação em mente sempre que se pensar no direito à privacidade, especialmente no sentido de que a privacidade é uma espécie de liberdade. Por outro lado, também é interessante ter em perspectiva que, por vezes, os direitos que conflituam com a privacidade - ainda que possam ser vistos sob uma perspectiva social e não individual - também envolvem a autonomia e a dignidade das pessoas (como a liberdade de expressão ou a segurança), de forma que tais valores estarão presentes nos dois lados da balança. Daí que, repise-se mais uma vez, há que se ter cuidado com argumentos em prol da existência de um *princípio da supremacia do interesse público*, que resolva a questão de forma abstrata (geralmente pendendo contra o direito individual), devendo sempre se

⁸⁸³ *Ibid.*, p. 343 e 344. Ressalte-se que essa concepção de proteção ampla do direito geral de liberdade pode inclusive ser transposta à realidade jurídica brasileira, especialmente sob a ótica da teoria externa, vista anteriormente, ou seja, considerando uma concepção ampla do âmbito de proteção *prima facie* - a liberdade geral de ação - bem como exigindo-se que qualquer intervenção nesse âmbito de proteção *prima facie* seja constitucionalmente autorizada.

⁸⁸⁴ Em sentido próximo, é a doutrina de Alexy (**Teoria dos direitos fundamentais**, p. 344 a 359) sobre o direito geral de liberdade (que estaria garantido na Constituição alemã inclusive a partir de seu art. 2º, § 1º, que trata do livre desenvolvimento da personalidade): o autor considera o direito geral de liberdade como uma liberdade negativa de ação (liberdade de fazer o que se quer, escolher entre alternativas de ação e que essas alternativas não sejam bloqueadas por obstáculos a essas ações). Segundo Alexy, a liberdade negativa de ação é uma das condições (mas não a única) para a realização do princípio da dignidade da pessoa humana, pois sem a salvaguarda da inexistência de coerção exterior sobre o indivíduo na sua escolha entre determinadas alternativas de ação, não existe dignidade humana em sentido juridicamente relevante. Mas, além da garantia da liberdade negativa, também dão sustentação à dignidade da pessoa humana, de forma intimamente interligada, os princípios que visam proteger os aspectos mais íntimos do ser humano e aqueles que conferem ao indivíduo um direito *prima facie* à sua auto-representação em face de outros indivíduos. Especificamente sobre as objeções que têm sido apresentadas pela doutrina à concepção do direito geral de liberdade de Alexy e as considerações do autor, veja-se: p. 345 a 354.

considerar as circunstâncias do caso concreto, o peso do valor que naquele caso se protege e não se descuidar do papel social que a garantia da privacidade *individual* representa⁸⁸⁵.

Ademais, considerando a amplitude do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, é possível se imaginar que o direito à privacidade, ao garanti-lo, englobe mais que o aspecto negativo representado pelo *right to be alone* (com sua ideia de exclusão social - recusa de intromissão e de informação⁸⁸⁶), abrangendo também, em alguma medida, os aspectos positivos de dignidade da pessoa humana, de autodeterminação individual, do livre desenvolvimento da personalidade e de afirmação da liberdade do sujeito.⁸⁸⁷ No entanto, ainda que se estabeleça essa primeira ideia de correlação entre o direito à privacidade e esses aspectos positivos e negativos, o conteúdo do direito permanece de difícil concreção, especialmente quando se considera toda a complexidade da sociedade moderna. Além disso, como um possível fator complicador adicional, há que se registrar que o tratamento da privacidade sequer encontra paralelismo perfeito no âmbito das duas culturas jurídicas responsáveis por desenvolver esse "novo" direito - a norte-americana e a europeia -, como será demonstrado adiante.

1.1. A *privacy* comportamental ou decisional e a *privacy* informacional

De fato, não é simétrica a construção da figura do direito à privacidade no ambiente jurídico norte-americano e no europeu. Na doutrina norte-americana, modernamente, é possível enxergar-se a concepção da *privacy* a partir dos dois grandes aspectos: a

⁸⁸⁵ Jean L. Cohen (Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto, **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 7, p. 165–203, 2012) destaca a importância do reconhecimento da privacidade como um bem *individual*: "devo argumentar que um dos mais importantes exemplos de conhecimento normativo no século vinte é o reconhecimento de que a privacidade pessoal é um bem para todos os indivíduos e intrinsecamente merece ser protegida em bases que precisam ser diferenciadas - legal e moralmente - das que dizem respeito à propriedade privada, à liberdade de contrato, ou à privacidade de "entidade" (isto é, ligada à família patriarcal como uma unidade)".

⁸⁸⁶ Ainda que tal concepção tenha uma noção ampla, tal como a proposta por Adriano de Cupis (**Os direitos da personalidade**, Campinas: Romana Jurídica, 2004, p. 155 a 175), que reconhecendo, dentre os direitos de personalidade, de um "direito ao resguardo", inclui em seu âmbito a possibilidade de "exclusão do conhecimento, por parte das outras pessoas, de quanto se refere à própria pessoa (...) não só a sua figura física, isto é, o conjunto de suas formas físicas, mas também a sua voz e, além disso, todos os acontecimentos, e o desenvolvimento de sua vida" (englobando, pois, o direito à imagem, o direito à voz, o direito à privacidade), advertindo, entretanto, que o direito ao resguardo "não está circunscrito à esfera daquilo que deve permanecer completamente inacessível ao conhecimento dos outros, isto é, secreto; mas compreende sim o que, embora acessível ao conhecimento alheio, não deve ser indiscretamente difundido".

⁸⁸⁷ Segundo Daniel J. Solove (A taxonomy of privacy, **University of Pennsylvania Law Review**, v. 164, n. 3, p. 477 a 560, 2006) a falta de clareza quanto o conteúdo do direito à privacidade cria, inclusive, dificuldades na formulação de políticas públicas para promovê-lo / protegê-lo e na resolução de casos concretos porque muitas vezes legisladores e juizes não conseguem articular ou demonstrar com clareza os danos à privacidade, enquanto os interesses que comumente estão do lado oposto (como a liberdade de expressão ou a segurança) via de regra são muito mais facilmente demonstráveis.

privacidade comportamental ou decisional, referente à não submissão do indivíduo a regulação ou controles indevidos, e a privacidade informacional, mais aproximada do *right to be alone*, concernente à proteção contra intromissão ou vigilância de terceiro sem justo motivo⁸⁸⁸. Em regra, esta última dimensão, que diz respeito aos íntimos pormenores da vida pessoal, é menos contestada que a primeira, que trata da privacidade como espécie de autonomia decisória em relação à "zona de intimidade" da vida do sujeito (casamento, divórcio, relações sexuais, filhos, aborto etc).⁸⁸⁹ Por outro lado, no âmbito europeu, o direito à proteção dos dados pessoais (uma espécie de correlato da privacidade informacional) é tratado como um direito fundamental autônomo, essencial para o livre desenvolvimento da personalidade, formado por um conjunto de direitos que configuram a "cidadania do novo milênio"⁸⁹⁰.

A Suprema Corte americana reconheceu a privacidade decisional pela primeira vez em 1965, no caso *Griswold v. Connecticut* (1965), assentando, também nesse julgado, que, embora a *privacy* não esteja prevista de forma expressa, ela deve ser classificada como um direito fundamental aferível da Constituição e do *Bill of Rights*⁸⁹¹. A partir daí, em várias outros

⁸⁸⁸ Erick Lucena Campos Peixoto e Marcos Ehrhardt Júnior (Breves notas sobre a resignificação da privacidade, **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, v. 16, p. 35 a 56, 2018) propõem o reconhecimento de uma estrutura da privacidade não bidimensional, mas sim tridimensional. Os autores indicam o seguinte raciocínio: considerando que a proteção à privacidade significa a proteção contra o acesso indesejável a determinada coisa por terceiros, é possível considerar o termo acesso a partir de três acepções distintas, que envolvem uma conotação física e duas conotações metafóricas: a primeira diz respeito ao acesso direto e concreto à coisa e as duas últimas ao controle que a pessoa exerce sobre quem tem acesso às informações dela e ao controle sobre quais as pessoas têm ou terão capacidade de interferir ou intervir em decisões que são relevantes para ela. Sendo assim, seria possível identificar as seguintes dimensões da privacidade: (i) espacial, que se refere aos casos em que o controle de acesso se refere a algo físico, tangível (por exemplo, a possibilidade de o indivíduo determinar quem acessa sua residência); (ii) decisional, que diz respeito à proteção contra interferências indesejadas nas decisões ou ações do indivíduo; e (iii) informacional, ligada à proteção das informações do sujeito. Os autores alertam, entretanto, que tais dimensões não existem isoladamente, mas coexistem, de forma que em algumas situações será difícil categorizar determinado assunto em uma ou outra.

⁸⁸⁹ COHEN, Repensando a privacidade.

⁸⁹⁰ RODOTÀ, Stefano, **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 17.

⁸⁹¹ No caso concreto, a Corte considerou que o direito constitucional à privacidade se aplicava ao uso de contraceptivos por casais casados, em contraposição ao que previa legislação de Connecticut (que proibia o uso de contraceptivos por pessoas casadas bem como o acesso a dados sobre o controle de natalidade) - o questionamento enfrentado pela corte era sobre a possibilidade de o Estado se imiscuir na esfera privada dos cidadãos casados a ponto de impor regras a sua vida sexual. Nesta decisão, foi desenvolvida uma forma mais complexa de fundamentar a *privacy* no âmbito do ordenamento jurídico norte-americano: entendeu-se que é possível encontrar zonas de proteção da privacidade (*zones of privacy*) a partir da interpretação da 1ª emenda (que trata da liberdade de expressão), da 3ª emenda (referente à restrição ao aquartelamento de soldados em casas particulares), da 4ª emenda (que salvaguarda contra buscas e apreensões ilícitas), da 5ª emenda (que tutela o direito à não autoincriminação), da 9ª emenda (que prevê que a *Bill of Rights* engloba direitos que não estão especificados em seu texto) e da 14ª emenda (que garante o direito ao devido processo). Veja-se mais sobre o caso em <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/381/479.html>> e em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>>. Acesso 15 mar 2020.

julgados a concepção da privacidade decisional foi sendo estabelecida como uma salvaguarda da autonomia dos indivíduos de decidirem a respeito de determinadas preocupações fortemente pessoais⁸⁹². Em suma, o cerne da privacidade decisional não se refere a dados ou informações pessoais diretamente, mas sim a comportamentos do indivíduo, com reflexos pessoais e sociais ditados por decisões autônomas, ou ainda, a atos de conteúdo social, cultural, ético ou moral autodeterminado; relaciona-se, assim, aos aspectos de conformação da privacidade referentes à possibilidade de o sujeito ser autor livre e ativo de sua história e de suas escolhas: liberdade geral, livre desenvolvimento da personalidade e dignidade da pessoa humana.⁸⁹³ No entanto, essa amplitude da concepção da *privacy* englobando também aspectos decisoriais ou comportamentais não tem aceitação pacífica, especialmente fora do cenário norte-americano - com efeito, por exemplo, no âmbito europeu, tais questões muitas vezes são tratadas sob a ótica dos direitos de personalidade ou de posições jurídicas em particular⁸⁹⁴, relacionadas à liberdade dos indivíduos. Em sentido semelhante ocorre no Brasil.

No cenário jurídico português, Paulo Mota Pinto, ao analisar as decisões do Tribunal Constitucional sobre a configuração da reserva da intimidade da vida privada conclui pela redução do conceito à ideia de privacidade informacional, excluindo de seu âmbito o aspecto decisional, que se aproxima da liberdade da vida privada⁸⁹⁵. Alexandre de Sousa Pinheiro, por sua vez, critica de forma contundente o "caráter espúrio" da *decisional privacy* por pretender politicamente ocultar o "nome" das liberdades - segundo o autor, caso esses direitos e liberdades relacionados à *decisional privacy* realmente existam, eles devem ser nomeados de acordo com o bem jurídico protegido (como "liberdade de abortar

⁸⁹² Cite-se, a título de exemplo, os casos *Roe vs. Wade* (1973), relativo ao direito de uma mulher decidir sobre um aborto e *Eisenstadt vs. Baird* (1972), referente a uma lei que proibia a distribuição de anticoncepcionais a pessoas solteiras.

⁸⁹³ Nesse sentido, Erick Lucena Campos Peixoto e Marcos Ehrhardt Júnior (Breves notas sobre a ressignificação da privacidade) asseveram: "A privacidade decisional estabelece um espaço de manobra no tráfico social que é necessário para a autonomia individual sem que haja interferência alheia. O indivíduo deve agir dentro da sua esfera de liberdade sem que se sinta intimidado pelos olhares indesejados. A pessoa não deve a ninguém explicação sobre suas decisões, sobre seu comportamento ou sobre o seu jeito de vida, muito pelo contrário, deve-se esperar moderação, reserva e indiferença dos outros em relação a tudo aquilo que não lhes disser respeito."

⁸⁹⁴ PINHEIRO, **Privacy e protecção de dados pessoais**, p. 439 e 440.

⁸⁹⁵ PINTO, Paulo Mota, A protecção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional, **Jurisprudência Constitucional**, n. 10, p. 13 a 28, 2006. Ressalta o autor que o Tribunal Constitucional português definiu, pela primeira vez, o conteúdo do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada no Acórdão nº 128/92, com aproximação da concepção anglo-saxônica da *privacy*, incluindo não apenas os aspectos da informação sobre a vida privada, mas a própria liberdade da vida privada. No entanto, na jurisprudência posterior - ainda que haja referências ao Acórdão nº 128/92 - o Tribunal Constitucional passa a aplicar o direito à protecção da vida privada para situações relacionadas à informação sobre a vida privada."

espontaneamente" ou "direito à contracepção") e não fiquem escondidos sob o manto da *privacy*.⁸⁹⁶

Por outro lado, o aspecto informacional da privacidade veio se fortalecendo ao longo do tempo, especialmente a partir da década de 70, tanto nos Estados Unidos quanto na Europa - de forma especial, na Alemanha⁸⁹⁷. É que o bem "informação" foi se tornando cada vez mais valioso, inclusive em razão da maior facilidade, possibilitada pelas novas tecnologias, de coleta e de tratamento de dados, e, por consequência, da maior quantidade e qualidade de conhecimento que se pode produzir sobre o indivíduo, o que permite àquele que detém e trata tais dados ocupar uma posição de domínio muitas vezes silenciosa, mas de alto valor social e econômico.

Antes mesmo do desenvolvimento da atual *data-driven economy*, já era possível observar um aumento exponencial de coleta e tratamento de dados pelo Estado em razão das novas tarefas assumidas pelo Estado do Bem-Estar Social⁸⁹⁸ - para que pudesse, otimizando a gestão dos recursos públicos, entregar as prestações a que se propunha, o Estado Providência necessitava, antes de tudo, conhecer a população a quem deveria atender, suas necessidades, sua conformação. Dessa forma, o Estado foi o primeiro grande captador de dados pessoais, o que, no entanto, não era encarado sem um certo alerta. Uma das primeiras preocupações referentes a esta atividade já dizia respeito ao tratamento dos dados coletados para classificar a população em "categorias gerais" e permitir a tomada de decisões a partir daí, em um processo de certa instrumentalização do indivíduo.

⁸⁹⁶ PINHEIRO, **Privacy e protecção de dados pessoais**, p. 459 e 460. Segundo Alexandre de Sousa Pinheiro, a decisional *privacy* tem sido utilizada para tratar direitos que estão fora do catálogo constitucional, geralmente "direitos subversivos" diante de interpretações conservadoras do Bill of Rights e da Constituição, os quais se busca legitimar por meio do recurso à *privacy* como um direito-fundamento. De fato, analisando especificamente a inserção, no âmbito da *decisional privacy*, das discussões sobre o aborto (caso *Roe vs. Wade* - 1973), o autor ressalta que o recurso à *privacy* tem como objetivo estratégico de atribuir uma liberdade à mulher em um assunto social e politicamente sensível, sem, no entanto, reconhecer que existe uma liberdade nesse sentido prevista constitucionalmente - ou seja, da Constituição se extrai a *privacy* e desta é que se retira a referida liberdade. No entanto, como exposto, o autor alerta que, caso esses direitos comumente ligados à *decisional privacy* - direitos ao corpo, ao sexo, à contracepção - deveriam ser designados pelo bem jurídico protegido, como, no caso analisado, o direito à contracepção e a liberdade de abortar voluntariamente; ao invés de, por "pudor político" serem escondidos "por detrás de uma "parede chinesa" de onde irradiava a *privacy*."

⁸⁹⁷ Indica-se como propulsores do debate sobre a *privacy* informacional: (i) no âmbito norte-americano, o caso Watergate, que culminou com a renúncia de Nixon, e os estudos e debates que antecederam a edição do *Privacy Act*, pelo Congresso Americano, em 1974; (ii) no contexto alemão, em especial, as consequências advindas do regime nacional-socialista, caracterizado pelo forte intento de coleta e acumulação de informações pessoais.

⁸⁹⁸ Danilo Doneda (**Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**, 2ª. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda., 2020, *ebook*) assevera a existência de dois fatores iniciais que levaram à coleta de dados pessoais: a eficiência (já que um dos pressupostos de uma administração pública eficiente é o conhecimento mais acurado possível da população) e o controle (já que as várias formas de controle realizadas pelo Estado poderiam ser potencializadas por meio da maior disponibilização de dados pessoais, aumentando o poder estatal sobre os indivíduos).

Mas, para além do âmbito da coleta de dados estatal, as novas tecnologias - que revolucionaram as formas de participação do indivíduo na sociedade, de comunicação e de relacionamento social (pessoal e laboral / profissional), intensificando-as, mudando sua frequência e forma, ressignificando seu papel na vida quotidiana - possibilitaram uma recolha cada vez maior de informações de seus usuários também por agentes privados. Essa nova realidade levou à ampliação da conflitualidade informacional, que deixou de se centrar apenas no binômio Estado - indivíduo, para abranger também o binômio indivíduo - poder privado.⁸⁹⁹

E essa conflitualidade alargada já veio assumindo o centro dos debates na matéria há algum tempo, envolvendo questões como: (i) a alteração da balança de poder, que passa a pender favoravelmente àqueles que coletam, tratam e correlacionam mais dados, em razão de seu maior apoderamento informacional como um todo⁹⁰⁰ (podendo, nesse caso, se pensar em um raciocínio paralelo à hipossuficiência do trabalhador ou do consumidor tuteladas pelo Direito, em uma espécie de *hipossuficiência do titular dos dados*, que também merece amparo jurídico); (ii) a possibilidade de decisões automatizadas a partir do resultado do tratamento de dados, que desconsideram as nuances e as peculiaridades dos casos concretos (transformando, ao fim, os indivíduos em meros dados e números); (iii) o empobrecimento do debate democrático e o consequente esvaziamento da pluralidade de ideias, considerando a possibilidade, a partir dos dados coletados, de criação de complexos algoritmos que prendem o indivíduo em uma espécie de *bolha* que se retroalimenta apenas com aquilo - pessoas, dados, notícias etc - que lhe apetece ou que reforça as crenças que ele já tem.

De fato, um dos principais dilemas atuais referentes à vertente informacional da privacidade centra-se especialmente, nas hipóteses mais e mais sofisticadas de tratamento

⁸⁹⁹ PINHEIRO, **Privacy e protecção de dados pessoais**, p. 123. Ainda, nas palavras de Danilo Doneda (**Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**, *ebook*): "a importância da informação aumenta à medida que a tecnologia passa a fornecer meios para, a um custo razoável, torná-la útil".

⁹⁰⁰ Nesse sentido, Stefano Rodotà (**A vida na sociedade da vigilância**, p. 23 e 24) assevera: "Quem consegue decifrar debate ora em curso percebe que ele não reflete somente o tema clássico da defesa da esfera privada contra invasões externas, mas realiza uma importante mudança qualitativa, que nos incita a considerar os problemas da privacidade de preferência no quadro da organização do poder, no âmbito do qual justamente a infra-estrutura da informação representa hoje um dos componente fundamentais." Nessa mesma linha, Fabiano Menke (**A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão**, **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, nº 1, p. 781 a 809, 2019) afirma que uma grande preocupação, em termos de proteção de dados, tem sido a de evitar que o sujeito seja manipulado por informações que seus interlocutores (entes estatais ou privados) têm de si, sem que ele sequer saiba disso - isso porque, nesses casos, o detentor das informações prévias acaba se colocando em uma posição privilegiada, pois tal conhecimento lhe dá poderes de direcionamento. Em sentido aproximado, Danilo Doneda (**Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**, *ebook*) destaca que "sem perder de vista que o controle sobre a informação foi sempre um elemento essencial na definição de poderes dentro de uma sociedade, a tecnologia operou especificamente a intensificação dos fluxos de informação e, consequentemente, de suas fontes e seus destinatários. Essa mudança, a princípio quantitativa, acaba por influir qualitativamente, mudando a natureza e os eixos de equilíbrio na equação entre poder – informação – pessoa – controle. Isso implica a necessidade de conhecer a nova estrutura de poder vinculada a essa nova arquitetura informacional."

das informações coletadas, de *data mining*⁹⁰¹. O aumento exponencial das possibilidades e do refinamento do cruzamento de dados bem como do tratamento automatizado (limitando fortemente as hipóteses de erro humano), diminuindo significativamente a influência dos fatores tempo e espaço nestas operações, permitem tanto categorizar os indivíduos em grupos com características comuns (cada vez mais específicas), permitindo, portanto, o tratamento "em bloco" daqueles que compõem a mesma classe, quanto gerar novas informações sobre a pessoa, as quais não foram objeto inicial da coleta informada e consentida, criando uma espécie de conhecimento mais amplo do indivíduo concreto - do qual, muitas vezes, ele sequer tem consciência -, em um processo de "objetificação" do sujeito (que vai deixando de ser o centro para se tornar o objeto de conhecimento). Noutras palavras, tal gama de informações (as originariamente coletadas e as produzidas após os cada vez mais sofisticados processos de tratamento de dados) permite a criação de "perfis" abstratos dos indivíduos (de consumo, de conduta, de convicções etc), o que possibilita categorizá-los (individualmente ou em grupo) em determinadas "espécies" bem como prever seu comportamento (com considerável dose de acerto) a partir de padrões de conduta encontrados para os indivíduos do mesmo perfil e do mesmo grupo - e, a partir destes achados, é possível que o agregador de informações tome determinadas decisões com relação àqueles sujeitos (ou seja, com base naquilo que se **prevê** de sua conduta)⁹⁰². Daí a importância de o Direito não se descuidar desse aspecto expressivo de *exposição social* (ainda que não intencional): toda a informação que é coletada do sujeito e, por consequência, todo o filtro informacional que vai lhe sendo imposto acaba tendo influência crucial no desenvolvimento de sua personalidade (o qual, ao final, pode não ser assim tão livre quanto se imaginava) além de criar o risco de permitir tratamentos discriminatórios, baseados nos perfis identificados. Assim, é essencial que tal salvaguarda se dê não no sentido de se tratar a garantia como simples "direito de propriedade" do titular dos dados, mas como uma manifestação do direito de personalidade⁹⁰³, re-situando o sujeito no eixo central da análise,

⁹⁰¹ Por meio das técnicas de *data mining*, a partir de perfis previamente gerados (por meio de bases de dados agregadoras de grande número e variedade de informações), são realizadas combinações de dados que - através de algoritmos ou de critérios estatísticos - permitem a identificação de padrões regulares de ação, gerando assim uma "nova informação" e possibilitando, com base no novo conhecimento gerado, a formulação de previsões e a adoção de decisões com base nestas previsões.

⁹⁰² Vale trazer o alerta o Alexandre Sousa Pinheiro (**Privacy e protecção de dados pessoais**, p. 195) sobre a criação de perfis: "Revestem dupla natureza os problemas que a definição de perfis em matéria de investigação e prevenção criminal pode trazer para a privacy e para a protecção de dados. Por um lado pode desembocar no integral e vítreo conhecimento do indivíduo, por outro pode desenvolver-se até 'perfis de grupo' abrangendo um volume extenso de pessoas em função de factores comuns, contrariando o princípio da igualdade na sua vertente de não discriminação. O risco consiste na "transformação de indivíduos em espécies", graduando toda a informação pessoal da mesma forma." Adiante (p. 196 e seguintes), o autor ainda analisa o perigo da aproximação desta criação de perfis com a doutrina do Direito Penal do Inimigo de Günter Jackobs.

⁹⁰³ RODOTÁ, **A vida na sociedade da vigilância**, p. 19. Adiante, o autor assevera (p. 21) que "reinventar a protecção de dados constitui um processo constante que é indispensável não apenas para

como titular dos dados, resgatando-o em sua dignidade, e não como mero objeto de conhecimento⁹⁰⁴.

Stefano Rodotà defende que, para uma efetiva proteção da privacidade (que abranja a proteção de dados), o foco deve ser deslocado do sigilo para o controle. De fato, segundo o autor, não basta simplesmente assegurar ao “núcleo duro” da privacidade tutela mais intensa possível de sigilo e reconhecer a possibilidade de publicidade e de circulação para um conjunto de informações relevantes para a sociedade – na verdade, torna-se cada vez mais difícil distinguir, em abstrato, as informações pessoais sobre as quais o indivíduo estaria disposto a renunciar o controle, uma vez que, diante da possibilidade de integração e de cruzamento dos diversos dados coletados, até mesmo informações aparentemente inócuas podem causar dano ao interessado. Como já exposto, as maiores facilidades na coleta e no tratamento de informações pessoais também promovem uma maior concentração de poder nas mãos das entidades públicas e privadas coletoras de dados: por consequência, o cidadão deve poder exercer um controle direto sobre aqueles sujeitos aos quais as informações fornecidas atribuem um “crescente plus-poder”. E o exercício desse controle, para além de assegurar ao indivíduo a exatidão e o uso correto das informações, pode constituir um instrumento de equilíbrio dessa nova distribuição de poder. No entanto, para que o controle possa efetivamente alterar de alguma forma a distribuição de poder, é necessário que a privacidade seja vista a partir de uma dimensão coletiva (considerando não apenas o indivíduo enquanto tal, mas como pertencente a determinado grupo social), em seu aspecto ligado ao controle de poder, deslocando-se os meios de reação individual para instrumentos de controle social. Ou seja, a resposta para a tendência de aumento dos desníveis de poder é a expansão do poder coletivo de controle - esse é, pois, o ambiente que favorece passar-se da privacidade para uma noção mais completa de proteção de dados (que extrapola os problemas ligados à tutela da intimidade), deslocando-se progressivamente a atuação protetiva da esfera individual para as regras gerais de circulação das informações, pessoais ou não, sob controle público.⁹⁰⁵

Ocorre que, em contrassenso, um dos mais populares argumentos para se contestar a existência de normas mais rígidas com relação à proteção de dados ou à tutela da privacidade informacional - especialmente se o debate envolve o confronto de questões de privacidade *versus* questões de segurança - é exatamente o de que “quem não deve não teme” (*I've nothing to hide*), numa alusão ao fato de que só estariam efetivamente preocupados com a proteção de dados aqueles que praticam algum tipo de atividade irregular

oferecer proteção adequada a um direito fundamental, mas também para impedir que novas sociedades se tornem sociedades de controle, vigilância e seleção social.”

⁹⁰⁴ PINHEIRO, **Privacy e protecção de dados pessoais**, p. 136.

⁹⁰⁵ RODOTÀ, **A vida na sociedade da vigilância**, p. 29 a 41.

ou ilícita, não afetando aqueles que "não têm nada a esconder" (e de que aqueles que estão envolvidos em atividades irregulares que, porventura, sejam descobertas, ainda que ultrapassando a *privacy* individual, não têm justificativa para reclamar a proteção de seu direito de privacidade)⁹⁰⁶. Trata-se, pois, de um argumento que sequer considera o poder do controle em sua dimensão coletiva, desvalorizando-o ainda em sua perspectiva individual.

Há que se destacar o quão pernicioso e redutor é o argumento do "*I've nothing to hide*". Além de seu evidente sofisma (já que é difícil que uma pessoa não se incomode ou se preocupe com sua privacidade, ainda que apenas por alguns minutos, diante de questionamentos ou condutas muito intrusivas), na esteira da doutrina de Daniel Solove, é possível objetá-lo a partir das seguintes premissas: (i) é um argumento relacional, que costuma colocar em baixa perspectiva o valor da privacidade quando comparado com o valor da segurança⁹⁰⁷, especialmente porque se enxerga a informação monitorada como não sensível e, por outro lado, considera-se alto o interesse estatal de garantir a segurança⁹⁰⁸

⁹⁰⁶ Em sentido aproximado, pode se pensar também na forma de raciocínio daqueles que aceitam abrir mão de bom grado de seus dados pessoais em prol de mais benefícios no uso da tecnologia. Nesse sentido, veja-se a pesquisa realizada pela Kaspersky, que teve especial divulgação na mídia em razão do documentário "O Dilema das Redes" produzido pela Netflix, que revelou que 80% dos brasileiros não se importaria em trocar dados por benefícios, como encontrar antigos amigos nas redes sociais, descontos em compras online, experiências exclusivas, bons imóveis para alugar, monitoramento de segurança durante viagens, descontos na fatura do cartão de crédito. Nesse sentido, veja-se: <<https://www.kaspersky.com.br/blog/dilema-redes-netflix-pesquisa-privacidade/16039/>>, acesso 18 set 2020.

⁹⁰⁷ Julie E. Cohen (What privacy is for, **Harvard Law Review**, v. 126, 2013) menciona, inclusive que a privacidade tem um evidente problema de "imagem" ou de "má reputação" - muitas vezes é apresentada como antiquada ou prejudicial, antiprogressista e onerosa. Daí que quando é necessário contrapor os valores relacionados à privacidade àqueles referentes à segurança nacional, à eficiência ou ao empreendedorismo, a privacidade acaba cedendo. Além disso, segundo a autora, se já havia uma longa lista de contrapesos para a *privacy*, o recente desenvolvimento das mídias sociais, das plataformas móveis, da tecnologia informática em nuvem e da mineração de dados baseada em inteligência artificial agora ameaçam derrubar completamente a balança, colocando a privacidade em permanente oposição ao progresso do conhecimento (muito embora essa percepção da privacidade como antiquada e socialmente retrógrada seja indubitavelmente equivocada - a título de exemplo, a autora cita que a liberdade dos indivíduos contra a vigilância - pública ou privada - é fundamental para o desenvolvimento da capacidade de inovação, por abrigar os processos de experimentação dos quais a inovação emerge, de forma que enxergar a *privacy* como anti-inovação não seria uma conclusão lógica).

⁹⁰⁸ Nesse sentido, Alexandre de Sousa Pinheiro (**Privacy e protecção de dados pessoais**, p. 140 a 148) faz interessante análise sobre como a sociedade moderna, com toda sua complexidade, é também um sociedade que tem medo: medo relacionado à segurança, a doenças, à diminuta estabilidade das relações sociais - como o casamento ou a relação de emprego - o que gera sentimentos de angústia, de depressão e, ao mesmo tempo, impulsiona uma demanda por cada vez mais atuações preventivas (do Estado, da comunidade como um todo, dos organismos internacionais etc). Noutras palavras, a resposta mais comum e socialmente coerente ao medo na era atual tem sido a prevenção e não a luta. E essa resposta exige método, força, organização confiadas a estruturas que são comumente aceitas - assim as atividades de prevenção, de precaução, de busca pela minimização do perito adotadas pelas entidades públicas contam com uma espécie de legitimação popular, independentemente dos conteúdos constitucionais ou legais. Adiante (p. 153) o autor ressalta que realmente existem casos em que o controle prévio é necessário para o combate a determinados tipos de ilícitos mais expressivos e capazes de afetar a paz social de maneira mais intensa - no entanto, alerta para a necessidade de se ter em mente que, muito provavelmente, apenas a partir de métodos

(como, por exemplo, prevenir, detectar e investigar o terrorismo); (ii) é um argumento que presume que a privacidade se refere a esconder informações ou fatos ruins, desabonadores, entendendo-a, de forma míope, como um direito de ocultação ou de sigilo; no entanto, considerando que a *privacy* diz respeito a inúmeros aspectos que se relacionam - inclusive quanto aos vieses comportamental e informacional - essa é apenas uma das várias perspectivas em que a privacidade se apresenta; de fato, por exemplo, o excesso de vigilância estatal (em detrimento da privacidade) pode causar efeitos nefastos na liberdade de expressão, na liberdade de associação e em outros direitos ligados à democracia, fazendo com que as pessoas se engajem menos em atividades (inclusive lícitas) que possam gerar algum tipo de dubiedade de interpretação, de forma que, nesse caso, o valor da proteção da *privacy* deve levar em conta não apenas aquelas pessoas que efetivamente foram impedidas de exercer seus direitos, mas sim a sociedade como um todo, que será afetada, por exemplo, com menos indivíduos expondo seu ponto de vista ou se engajando com liberdade em atividades políticas (ou seja, o argumento deixa de considerar a dimensão coletiva da privacidade, ligando-se apenas à sua dimensão individual); (iii) é um argumento que se foca especialmente no problema da coleta de informações, considerando que uma vigilância limitada não seria danosa o suficiente para o comportamento humano e que, por outro lado, compensaria os benefícios em segurança; entretanto, é necessário se refletir sobre a dificuldade de mensuração dos efeitos da intromissão e da vigilância no comportamento geral dos indivíduos (por exemplo, uma maior possibilidade de interceptação de comunicações pode impedir que as pessoas compartilhem determinadas ideias pelo telefone ou por aplicativos de mensagens instantâneas?), mantendo-se em perspectiva que o dano principal nesse caso não se refere exatamente ao comportamento inibido, mas sim à sensação de impotência e vulnerabilidade causada nos alvos - ainda que apenas potenciais - de vigilância, que muitas vezes sequer sabem a extensão de informações que terceiros possuem sobre si; (iv) é um argumento, ademais, que desconsidera os problemas causados pela agregação de informações acerca de determinado indivíduo e a criação de "perfis", desprezando o fato de que por meio da combinação de informações que, a princípio, o indivíduo não vê problemas em divulgar, o agregador de dados (o Estado ou um ente privado) pode chegar a informações que o sujeito não gostaria de revelar, o que é agravado pela recorrente falta de transparência quanto a este aspecto, que sequer permite que se saiba o que está sendo revelado a partir de tal mineração e combinação de dados - no limite, haveria a possibilidade de uma espécie

de "controle total" seria possível se afastar potencialmente a totalidade dos perigos. E arremata (p. 162): "podemos reter a ideia de que: a prevenção plena (não utilizamos o conceito de segurança, que se deve entender como um direito) corresponde liberdade nula."

de "Minority Report"⁹⁰⁹ da vida real; (v) na mesma linha, é um argumento que também desconsidera o aspecto negativo dessa falta de transparência e *accountability* com relação ao que está sendo tratado pelo Estado e pelas instituições privadas, bem como por quanto tempo tais dados serão armazenados e se há possibilidade de uso secundário dos dados acumulados (utilização dos dados para finalidades diferentes daquelas para as quais foram coletados), o que gera, como já dito, um problema de distorção de poderes entre os indivíduos e os governos ou entre os indivíduos e o poder privado, de forma que a grande questão aqui não se centra naquilo que o sujeito queira ou não esconder (inclusive porque, no caso de uso secundário dos dados coletados fica até difícil para o indivíduo entender e mensurar quais os riscos futuros da utilização de seus dados), mas sim na estrutura de poder estatal, que fica afetada de forma desvantajosa para o indivíduo. O argumento do "*I've nothing to hide*" foca-se, pois, apenas em um dos particulares problemas da *privacy* informacional - a vigilância, a divulgação de informações pessoais - esquecendo-se dos demais, além de desconsiderar a dimensão coletiva da privacidade e os possíveis efeitos nefastos, na sociedade de forma geral, de sua tutela insuficiente.

Diante de todo o exposto, considerando as consequências da ampla coleta e do facilitado tratamento de dados possibilitados pelas novas tecnologias, é inegável a importância, para a sociedade atual, da tutela das informações pessoais (inclusive para aqueles que "nada têm a esconder"). Dessa forma, mostra-se ainda necessário dedicar algumas reflexões especificamente à forma como se dá essa tutela.

1.2. O direito à autodeterminação informativa

Como adiantado, o desenvolvimento da matéria no âmbito norte-americano e no âmbito europeu (especialmente alemão) não gerou resultados em perfeita simetria: a *Datenschutz* alemã se aproxima, em parâmetro de comparação, à *informational privacy* norte-americana, no entanto, no cenário jurídico europeu, caminhou-se no sentido de autonomizar o direito à autodeterminação informacional - direito à proteção de dados - do direito à privacidade, considerando-o como uma espécie de direito de personalidade, ao qual se ligam uma maior profusão de direitos relacionados à proteção de dados.

No âmbito europeu, geralmente indica-se a Decisão dos Censos⁹¹⁰, prolatada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 1983, como ponto paradigmático no tratamento

⁹⁰⁹ No filme de 2002, o enredo diz respeito à atividade de um departamento especializado de polícia / investigação de "Pré-Crime" que atua com base no conhecimento prévio dos comportamentos que determinado indivíduo irá adotar.

⁹¹⁰ O caso concreto dizia respeito ao questionamento da lei de recenseamento alemã, na qual havia previsão de que naquele ano de 1983, o censo, além de realizar o levantamento do número de

do **direito à autodeterminação informativa**⁹¹¹. Na referida decisão, além da resolução do caso concreto⁹¹², foi reconhecido o direito à autodeterminação informativa, abrangendo todos os dados pessoais (não apenas os que caracterizam o núcleo dos direitos de personalidade, não se limitando, pois, à noção de esfera privada)⁹¹³ e assentados diversos parâmetros e diretrizes referentes especialmente à atividade administrativa de coleta e tratamento da informação, considerando os direitos dos titulares dos dados, o que balizou os debates futuros sobre a proteção dos dados pessoais. Em resumo, entendeu-se que: (i) o direito geral de personalidade (extraído da Constituição alemã) protege o indivíduo contra a recolha, o armazenamento, o uso e a transmissão ilimitados dos dados pessoais, sendo possível que existam limitações amparadas no interesse geral da coletividade, com fundamento constitucional e legal; entretanto, a ideia da proteção de dados, exatamente porque se relaciona a qualquer informação relativa ao titular, é autônoma da proteção à vida privada e dos direitos de personalidade⁹¹⁴; (ii) o princípio da proporcionalidade deve ser observado pelo legislador, assegurando-se as garantias organizatórias e procedimentais que salvaguardam o indivíduo contra a violação do direito à autodeterminação informativa (protegendo o sujeito de ser transformado em um mero objeto informacional) - de forma especial, deve-se atentar para o princípio da finalidade, de acordo com o qual o tratamento de dados, para ser considerado regular, deve se vincular à finalidade indicada para justificar a coleta (não sendo possível utilizá-los, sem o consentimento do titular, para outros fins), finalidade esta que deve ser determinada, concreta e legítima⁹¹⁵, bem como observar os princípios da boa-fé e da

habitantes, também coletaria diversos outros dados pessoais dos cidadãos, como nome completo, endereço, número de telefone, idade, sexo, estado civil, religião etc.

⁹¹¹ Mas, na realidade, a concepção da "autodeterminação informacional" surgiu no início da década de 1970, mencionada pela primeira vez em um parecer requerido pelo Ministério do Interior alemão a um grupo de peritos, impulsionado pela preocupação social quanto ao uso de processos automatizados para o tratamento de informações pessoais.

⁹¹² Em que, ao fim, a realização do censo foi mantida, mas com profundas modificações que deveriam ser realizadas nos termos da decisão judicial, de forma a salvaguardar a segurança dos dados dos cidadãos que seriam entrevistados.

⁹¹³ SEER, Roman, Proteção de dados e tributação na Alemanha: repercussões do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados, **Revista Jurídica da Presidência**, v. 22, n. 126, p. 20 a 47, 2020.

⁹¹⁴ Fabiano Menke (A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão) assevera que, a partir das decisões do Tribunal Constitucional alemão é possível distinguir três categorias que vêm sendo desenvolvidas no âmbito da dogmática do direito geral de personalidade: (i) o direito à autodeterminação, que se refere à tutela da liberdade de o indivíduo determinar / definir sua própria identidade, abrangendo direitos como o de conhecimento da origem biológica, de ter um nome e uma orientação sexual, de determinar seu planejamento familiar; (ii), o direito à autopreservação, que garante ao sujeito a possibilidade de se recolher para si mesmo e ficar só, sem a intromissão indevida de outras pessoas; e (iii) o direito à auto-apresentação, que resguarda o indivíduo contra falsas, não autorizadas, degradantes ou deturpadas representações de sua pessoa e o protege de observações secretas e indesejadas de sua personalidade, categoria que engloba, além do direito à autodeterminação informativa, os direitos à imagem, à palavra escrita e falada, à proteção contra a escuta clandestina e contra o monitoramento por vídeo em locais públicos.

⁹¹⁵ PINHEIRO, **Privacy e protecção de dados pessoais**, p. 612 e 613. Sobre a interpretação do princípio da finalidade a partir da Decisão dos Censos, Alexandre de Sousa Pinheiro opina: "Pensamos

transparência no tratamento de dados pessoais; (iii) deve ser garantido aos indivíduos o direito de saber quem detém informações sobre si e qual o conteúdo dessas informações; (iv) deve se ter em mente que, considerando as possibilidades de tratamento e de conexão de informações, não é possível se falar em "dados inofensivos", de forma que a informação sensível para o titular dos dados não advém unicamente de sua natureza íntima, mas do contexto de seu uso⁹¹⁶; (v) a recolha coercitiva dos dados relacionada à atividade administrativa não é ilimitada - além da observância do princípio da proporcionalidade e do princípio da finalidade, é necessário que o legislador identifique os tipos, a natureza e a forma de utilização, criando um regime que impeça os perigos do abuso dos dados recolhidos, garantindo-se ainda que a recolha dos dados se atenha ao mínimo necessário para a prossecução dos objetivos públicos; (vi) deve haver uma proteção segura contra a colaboração entre os serviços públicos, para que o princípio da finalidade não seja desconsiderado em nome dos usuais "deveres de cooperação" entre as entidades públicas.⁹¹⁷

918

Foi nesse caminho - mais abrangente e detalhado que o da *informacional privacy* norte-americana e tendente à autonomização do direito à autodeterminação informativa - que a União Europeia seguiu na concretização da proteção de dados, formando uma disciplina

que a Decisão dos Censos e a sua interpretação do princípio da finalidade conduz à seguinte conclusão: as finalidades pertinentes para a protecção de dados pessoais são as que respeitam a competências e atribuições administrativas, e não às que possam ser imputáveis à Administração Pública individualmente considerada. Assim, não pode ser considerada legítima uma finalidade global de prossecução do interesse público ou um princípio geral de cooperação entre órgãos e pessoas colectivas que tenha por consequência a livre e indiscriminada troca de dados pessoais dos administrados."

⁹¹⁶ Segundo Fabiano Menke (A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão), nos termos da Decisão dos Censos, não se mostra acertado tratar os dados pessoais como um bem de propriedade do titular - a proteção dos dados pessoais trata-se, na verdade, de uma tutela jurídica referente à informação e à comunicação a eles relacionadas, com a determinação de quem, em que relação e em que situação está autorizado a lidar com os dados do indivíduo; o foco da proteção, pois, não é resguardar a pessoa como um proprietário de dados, mas sim tutelar o processo de tomada de decisões pelo próprio indivíduo.

⁹¹⁷ PINHEIRO, **Privacy e protecção de dados pessoais**, p. 574 a 577. A Decisão dos Censos, entretanto, sofreu críticas no sentido de que tais limitações impostas pelo Tribunal Constitucional trariam prejuízos ao desenvolvimento da atividade administrativa, especialmente considerando a postura ativa do Estado do Bem-Estar Social quanto à execução de políticas públicas, que necessitava de uma ampla gama de informações pessoais - muitas vezes individualizados - para cumprir seu dever de "boa administração", designadamente quanto à racionalidade administrativa e à prevenção do uso indevido de recursos públicos.

⁹¹⁸ Cabe citar, ademais, que mais recentemente, no âmbito do ordenamento jurídico alemão, foi discutida a criação, por via jurisprudencial, do direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais, o qual seria abrangido pelo direito geral de personalidade e se aplicaria na proteção de áreas não protegidas por outros direitos, de forma a integrar eventuais lacunas de tutela, garantindo uma proteção mais eficaz dos indivíduos em relação ao progresso científico e às novas tecnologias utilizadas de forma recorrente na vida cotidiana. Sobre o tema, cite-se, em especial, a decisão BverfG, BvR 370/07 vom 27.2.2008. Sobre o alcance e as críticas à decisão, veja-se: PINHEIRO, **Privacy e protecção de dados pessoais**, p. 596 a 611.

jurídica ampla sobre o tema⁹¹⁹. Vale ressaltar, à partida, que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, reconheceu a proteção de dados como um direito fundamental autônomo⁹²⁰ (art. 8º). E em 2018, entrou em vigor o **Regulamento nº 2016/679** do Parlamento Europeu e do Conselho (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados - RGD), diretamente aplicável aos Estados-Membros da União Europeia⁹²¹, atualizando a matéria de proteção de dados em diversos pontos, tendo em vista o desenvolvimento tecnológico associado ao tratamento de dados pessoais.

O RGD mantém, quanto ao tratamento de dados no âmbito da União Europeia as regras gerais protetivas e regulatórias que já vinham se desenvolvendo no ambiente europeu. Com efeito, à partida, tutela o direito individual de proteção dos dados pessoais como um direito fundamental (art. 1º, nº 1 e 2), qualificando tais dados como pessoais por meio do critério da identificabilidade do titular, independentemente de serem íntimos ou privados (art. 4º, nº 1)⁹²². Na esteira do que já vinha sendo sedimentado desde a Decisão dos Censos, consagra como princípios regentes do tratamento de dados pessoais⁹²³ (art. 5º): (i) a licitude, a lealdade e a transparência no tratamento, quanto ao titular dos dados (o qual, como regra, deve ter ciência da recolha, utilização, consulta e tratamento de seus dados pessoais); (ii) a indicação de finalidade explícita e legítima para a recolha dos dados, não podendo haver tratamento posterior de forma incompatível com essa finalidade; (iii) a adequação, a

⁹¹⁹ Danilo Doneda (**Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**, *ebook*) compara, quanto a esse ponto, a disciplina normativa europeia e norte-americana referente à proteção de dados: "O modelo norte-americano, por outro lado, apresenta-se fracionado, com disposições legislativas e jurisprudenciais concorrentes em uma complexa estrutura federativa, o que torna sua leitura em chave sistemática – e até mesmo a compreensão geral de seu conjunto – um desafio para os próprios juristas norte-americanos."

⁹²⁰ Segundo Stefano Rodotà (**A vida na sociedade da vigilância**, p. 13 e 14) o reconhecimento da proteção de dados como direito autônomo pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia "pode ser considerado o último ponto de uma longa evolução, separando a privacidade da proteção de dados". Prossegue o autor (p. 17): "A proteção não é mais deixada somente aos sujeitos dos dados, uma vez que existe um órgão público permanente responsável por isso. Logo, há uma redistribuição de poderes sociais e legais se formando. É de fato o fim da linha de um longo processo evolutivo experimentado pelo conceito de privacidade - de uma definição original como o direito de ser deixado em paz, até o direito de controle sobre as informações de alguém e determinar como a esfera privada deve ser construída."

⁹²¹ Embora ainda deixe aos Estados-Membros uma certa margem de autonomia para que possam elaborar normativos mais específicos à sua realidade, adaptando a aplicação das regras previstas no Regulamento (Considerando nº 10 do RGD).

⁹²² Ressalte-se a regra trazida pela citada norma, sobre a identificabilidade da pessoa singular: "é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular".

⁹²³ Lembrando que o RGD conceitua, de forma ampla, o tratamento de dados pessoais como operação ou conjunto de operações efetuadas sobre os dados, envolvendo a recolha, o registro, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação (por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização), a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição (art. 4º, nº 2).

pertinência e a limitação ao que for necessário para as finalidades do tratamento (minimização dos dados); (iv) a exatidão dos dados; (v) a limitação da conservação dos dados ao período mínimo necessário à finalidade para a qual serão tratados; (vi) a segurança do tratamento, de forma a garantir a integridade e confidencialidade dos dados; e (vii) a prestação de contas ou responsabilização (*accountability*). Quanto aos fundamentos jurídicos para o tratamento lícito de dados pessoais, o RGPD prevê a necessidade de consentimento do titular para finalidade específica⁹²⁴ ou a existência de necessidades jurídicas específicas previstas em lei⁹²⁵ (art. 6º). Além disso, o normativo proíbe, como regra, o tratamento de categorias especiais de dados pessoais, quais sejam, aqueles que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa (art. 9º)⁹²⁶. Por fim, salvaguarda diversos direitos dos titulares dos dados (art. 12º a 22º), tais como: o direito à transparência das informações (abarcando comunicações concisas, transparentes, inteligíveis e de fácil acesso - em linguagem clara e simples - quanto ao tratamento dos dados); o direito às informações referentes à recolha e ao tratamento dos dados pessoais⁹²⁷; o direito de acesso aos dados; o direito de retificação de dados pessoais inexatos; o direito de apagamento de dados ("direito de ser esquecido"), o direito à limitação do tratamento, o direito de portabilidade dos dados, o direito de oposição

⁹²⁴ Consentimento este que deve se dar por ato positivo claro e pode ser retirado a qualquer tempo, nos termos do art. 7º, nº 3. Destaque-se ainda que o RGPD define o consentimento do titular dos dados como uma "manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento" (art. 4º, nº 11). O considerando nº 42, por sua vez, dispõe que não se considera que o consentimento foi dado de livre vontade se o titular dos dados não dispuser de uma escolha verdadeira ou livre ou não puder recusar nem retirar seu consentimento sem ser prejudicado.

⁹²⁵ Dentre as quais, a necessidade de tratamento em razão de: (a) execução de contrato do qual o titular dos dados seja parte, (b) cumprimento de obrigação jurídica do responsável pelo tratamento, (c) defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular, (d) exercício de funções de interesse público ou de atividades da autoridade pública responsável pelo tratamento; (e) interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros (exceto se, no caso concreto, ficar demonstrado que os interesses ou direitos do titular dos dados devam prevalecer).

⁹²⁶ O considerando nº 51 estabelece que os dados pessoais que sejam especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e das liberdades fundamentais devem ser objeto de proteção específica, uma vez que o contexto de tratamento destes dados podem implicar riscos significativos para os direitos e as liberdades fundamentais. Ressalte-se, entretanto, que o próprio art. 9º do RGPD prevê hipóteses de afastamento desta proibição.

⁹²⁷ Tais como informações sobre o responsável pelo tratamento, o encarregado pela proteção dos dados, as finalidades do tratamento e seu fundamento jurídico, os destinatários dos dados, o prazo de conservação dos dados, a existência de diversos direitos referentes aos dados etc. O considerando nº 7 ressalta, ademais, que, como forma de gerar confiança das pessoas no tratamento de dados pessoais, é necessário que se garanta que os indivíduos possam efetivamente controlar a utilização que é feita de seus dados pessoais, devendo ser reforçados os aspectos de segurança jurídica e prática.

ao tratamento dos dados pessoais, incluindo a definição de perfis⁹²⁸ com base nessas disposições e o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis que produza efeitos na sua esfera jurídica. Por fim, o RGPD também regulamenta aspectos relacionados à segurança do tratamento, inclusive quanto à necessidade de notificação de uma violação de dados pessoais à autoridade de controle e ao titular dos dados (art. 32 a 34).

Fica claro, portanto, a tendência, no âmbito europeu, de autonomização da proteção de dados pessoais em relação à vida privada, especialmente em razão da não limitação da salvaguarda às informações íntimas. Assim, somada esta circunstância à baixa adesão à concepção da *decisional privacy*, há, ao que parece, **um relativo esvaziamento do objeto de proteção do direito à privacidade no âmbito europeu.**

No entanto, Stefano Rodotà argumenta que o centro de atenção no tratamento da matéria de proteção de dados ainda continua representado pela questão da privacidade, não apenas pela análise do tema sob uma lógica proprietária (tratando o direito de acesso como uma contrapartida oferecida ao indivíduo em razão dos dados pessoais "cedidos" a organizações públicas ou privadas), mas também por razões de política de direito: (i) porque os meios de comunicação de massa enfatizaram quase exclusivamente a associação entre novas tecnologias e risco para a privacidade, que foi aquela para a qual a opinião pública acabou demonstrando maior sensibilidade; (ii) porque, para os gestores de grandes massas de informação, é menos custoso haver uma resposta legislativa baseada na tutela individual da privacidade e do controle individual⁹²⁹. Daí que, segundo o autor, na sociedade da informação ainda tendem a prevalecer por algum tempo as definições funcionais de privacidade que se aproximem do direito de manter o controle sobre as próprias informações (relacionadas à possibilidade de o indivíduo conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das informações a ele relacionadas). E, em função disso, na verdade, ocorre uma ampliação progressiva da concepção de esfera privada, que passa a englobar todo conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais sobre os quais o indivíduo pretende manter um controle exclusivo. Nesse contexto, a privacidade pode ser vista como "a tutela das escolhas da vida contra toda forma de controle público e de estigmatização social"⁹³⁰, em um contexto de liberdade das escolhas existenciais. Descortinam-se, daí, duas tendências: (i) a da redefinição do conceito de privacidade, agregando, ao poder de exclusão, o poder de controle, com relevância cada vez mais ampla;

⁹²⁸ Ressalte-se que o RGPD traz a conceituação de definição de perfis como "qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspectos pessoais de uma pessoa singular" (art. 4º, nº 4).

⁹²⁹ RODOTÀ, **A vida na sociedade da vigilância**, p. 50.

⁹³⁰ L. M. Frideman, *The Republic of Choice. Law, Authority and Culture*, Cambridge (Mass), 1990, p. 184, *apud Ibid.*, p. 92.

(ii) a ampliação do objeto do direito à privacidade, em decorrência do enriquecimento da noção de esfera privada. Dessa forma, a privacidade não mais estaria restrita à proteção especial por razões de intimidade, aproximando-se mais da ideia de *peessoal* do que da de *secreto*.⁹³¹

1.3. Uma visão multidimensional da *privacy*

Se, entretanto, por um lado, aparentemente está a ocorrer um relativo esvaziamento do direito à privacidade no âmbito europeu (por dela se destacarem, como objetos de tutela autônomos, tanto dos direitos relacionados à *privacy* decisional quanto o direito à autodeterminação informativa, no contexto norte-americano, parece se caminhar em sentido contrário. Nesse sentido, para finalizar a análise sobre a (re)construção do direito à privacidade, propõe-se uma rápida análise da taxonomia da *privacy* proposta por Daniel Solove, professor da Universidade George Washington, em que se promove uma ampliação do objeto da privacidade e a readequação da concepção do direito à privacidade a partir dessa redefinição do conceito.

Solove parte de um método descritivo (e não do estabelecimento de um único denominador comum⁹³²) para propor que os problemas relacionados às violações da

⁹³¹ *Ibid.*, p. 92 e 93. Adiante (p. 95 e 96), entretanto, o autor assevera que: "O relevo atribuído ao momento da circulação e do controle não pode, evidentemente, fazer com que sejam negligenciados os aspectos clássicos do sigilo e da proteção de informações pessoais como características permanentes do direito à privacidade. Também aqui, contudo, cabe assinalar uma significativa evolução. A necessidade de intimidade dilatou-se para muito além das informações relacionadas à esfera íntima da pessoa, constituída esta pelos dados que o interessado quer ver excluídos de qualquer tipo de circulação. Do exame de textos relevantes nessa matéria, percebe-se claramente que o "núcleo duro" da privacidade é ainda hoje constituído por informações que refletem a tradicional necessidade de sigilo (por exemplo, aquelas relacionadas à saúde ou aos hábitos sexuais): internamente, porém, assumiram cada vez maior relevância outras categorias de informações, protegidas sobretudo para evitar que pela sua circulação possam nascer situações de discriminação com danos aos interessados. Trata-se, em especial, de informações relacionadas às opiniões políticas e sindicais, além daquelas relativas à raça e ao credo religioso. (...) A classificação desses dados na categoria de dados "sensíveis", particularmente protegidos contra os riscos de circulação, deriva de sua potencial internação para serem utilizados com finalidades discriminatórias. Exatamente para garantir plenitude à esfera pública, determinam-se rigorosas condições de circulação dessas informações, que recebem um fortíssimo estatuto "privado", que se manifesta sobretudo pela proibição de sua coleta por parte de determinados sujeitos (por exemplo, empregadores) e pela exclusão de legitimidade de certas formas de coleta e circulação."

⁹³² SOLOVE, Daniel J., Conceptualizing privacy, **California Law Review**, v. 90, p. 1088 a 1156, 2002. O autor realizou um longo estudo sobre a definição de privacidade, tendo sintetizado as principais tentativas de se conceituação (realizadas, especialmente por meio a busca do estabelecimento de denominadores comuns), com os seguintes achados: (i) alguns conceitos de privacidade são mais estreitos, excluem de seu âmbito aspectos que comumente são identificados como integrantes da ideia de privacidade - por exemplo, as teorias que entendem que privacidade e intimidade são conceitos idênticos, uma vez que nem todos os aspectos da privacidade são íntimos, como a filiação política ou as crenças religiosas; (ii) alguns conceitos de privacidade são tão abrangentes que acabam por abarcar elementos que não fazem parte da privacidade - por exemplo, a identificação da privacidade unicamente com o right to be alone, nos moldes do estudo de Warren e Brandeis, uma vez que existem

privacidade sejam tratados como um conjunto ou uma rede de problemas que possuem algumas semelhanças entre si, uma vez que, o conceito de privacidade - *ampliado e enriquecido* - engloba vários elementos diferentes que não compartilham um único ponto comum mas possuem alguma aproximação ou simetria ("*family resemblance concept*"). Assim, a ideia da taxonomia seria permitir uma visão multidimensional da privacidade - o que, entende-se, acaba por se aproximar da ideia de suporte fático amplo do direito fundamental, adotada nesse estudo.

Pois bem, para identificar esse conjunto ou rede de problemas que possuem algumas semelhanças entre si, Solove mapeou vários tipos de *violações* à privacidade (focando-se especificamente na identificação desses problemas, que envolvem tanto a decisional quanto a informacional *privacy*), voltando-se não apenas aos danos decorrentes de lesão à dignidade da pessoa ou à sua reputação, mas também àqueles tipos de danos à privacidade definidos como "*architectural problems*", espécies de problemas estruturais que envolvem a criação ou o aumento do risco de que um dano ocorra (e o indivíduo seja prejudicado no futuro) ou que possam, de alguma forma, modificar a balança social ou institucional de poder de forma indesejada. A partir daí, o autor dividiu os problemas referentes à privacidade em quatro grandes categorias: a coleta de informações, o processamento de informações, a disseminação de informações e a invasão.⁹³³

A coleta de informações engloba duas formas de obtenção de informações sobre o indivíduo que geralmente são problemáticas por serem capazes de paralisar atividades valiosas e desestimular comportamentos socialmente benéficos: (i) a vigilância, cujo excesso pode impactar de forma adversa a liberdade, a criatividade e o desenvolvimento pessoal, podendo modificar, de forma sutil (mas fundamental) o conteúdo da personalidade do indivíduo, além de permitir que os observadores reúnam uma quantidade substancial de informações sobre as pessoas, criando um *architectural problem*⁹³⁴; e o (ii) interrogatório,

diversas formas de ser intrusivo ou invasivo sem atingir a privacidade do indivíduo. O autor argumenta que, na verdade, qualquer tentativa de alocar em um critério comum a maioria dos elementos que geralmente são enquadrados como integrantes da privacidade enfrenta um dilema difícil, pois se o critério é muito amplo, corre o risco de ser muito vago e acabar abarcando mais do que deveria; se, por outro lado, é muito estreito, o risco é se chegar a um conceito tão limitado que não englobe o mínimo necessário.

⁹³³ SOLOVE, A taxonomy of privacy. Os parágrafos seguintes, em que se detalha cada uma das categorias, seguem a mesma bibliografia. O autor destaca que as atividades indicadas na taxonomia são aquelas que podem causar problemas relacionados à privacidade e não necessariamente hipóteses que a lei deva proteger desta ou daquela maneira (até porque a questão sobre quando e como se deve regular a matéria só pode ser respondida em cada contexto em que a questão apareça).

⁹³⁴ *Ibid.* Via de regra, o problema da vigilância é tratado considerando-se o local em que ela ocorre e não os danos que ela cria, de forma que, em geral, admite-se a vigilância como um problema quando realizada em ambientes privados, mas raramente quando ocorre em ambientes públicos (em razão do que Solove denomina "paradigma do segredo", ou seja, uma visão restrita de privacidade que a aproxima do segredo completo, de forma que só haveria interesse de privacidade a ser protegido quando se estivesse diante de situações totalmente ocultas que fossem reveladas), o que seria um problema, já que a vigilância tem potencial danoso também em ambientes públicos, por, por exemplo,

espécie de investigação intrusiva (não apenas no âmbito judicial), que pode ser danosa à consciência ou à dignidade do indivíduo, a depender do grau de coercitividade (ainda que haja proteção contra a auto-incriminação, pode consistir em temores derivados, como o medo da influência futura das respostas dadas ou das consequências do silêncio diante de perguntas indevidas.⁹³⁵

O processamento de informações diz respeito ao uso, ao armazenamento e à manutenção dos dados ou das informações coletadas sobre o indivíduo e às várias formas de conectá-los às pessoas a que eles pertencem, referindo-se não à divulgação desses dados a outras pessoas, mas sim à transferência entre diferentes sistemas de gravação de informações e a consolidação com outros dados ou informações. Inclui proteção contra: (i) agregação, ou seja, reunião de informações sobre uma pessoa que permitem formar seu *perfil* (uma "pessoa digital"), desestabilizando as expectativas do indivíduo sobre o que se sabe sobre ele (já que as informações agregadas permitem gerar informações novas), além de poder gerar um *architectural problem*, por aumentar o poder daqueles que têm capacidade de agregar os dados dos outros⁹³⁶; (ii) identificação, isto é, atividade de conectar informações a indivíduos, processo que também pode acabar acrescentando alguma bagagem informacional à medida em que o sujeito se envolva em mais e mais transações e atividades bem como gerar um *architectural problem*, por aumentar o poder daqueles que têm capacidade de processá-la⁹³⁷; (iii) insegurança, envolvendo questões relacionadas à forma como as informações são tratadas e protegidas, abrangendo tanto a ameaça de divulgação de dados quanto a criação de distorções, como a disseminação de informações errôneas sobre uma pessoa (em razão da poluição de seus registros com dados falsos); (iv) uso secundário das informações, isto é, para propósitos diferentes daqueles para os quais ela foi coletada, sem que o titular dos dados consinta, criando, assim, um dano à dignidade individual, retirando do controle do indivíduo o uso futuro de seus dados e podendo criar um

poder destruir o senso de liberdade e de relaxamento que as pessoas costumam sentir em ambientes abertos e coletivos e por poder fazer com que as pessoas se engajem menos em atividades sociais (como comícios, reuniões, realização de atividades não convencionais ou exposição crenças minoritárias).

⁹³⁵ *Ibid.* O autor destaca ainda que o interrogatório é um instrumento que carrega alta possibilidade de distorção da narrativa, porque o investigador possui controle de como a informação é provocada, como ela é interpretada e quais as impressões criadas pelas revelações (ainda que sem vontade direta de manipular).

⁹³⁶ A ideia da agregação se aproxima do que Barranco e Ubiñas (La protección penal de la vida privada en nuestro tiempo social: ¿necesidad de redefinir el objeto de tutela?) citam como "teoria do mosaico", segundo a qual, embora existam informações que, vistas de forma individualizada, não constituem inferências na privacidade do indivíduo, quando examinadas em conjunto podem representar uma ameaça como as peças de um mosaico que esboçam uma espécie de perfil do indivíduo.

⁹³⁷ SOLOVE, A taxonomy of privacy. Com efeito, se quem realiza essa identificação é o governo, por exemplo, aumenta-se seu poder sobre os indivíduos, sendo uma ferramenta eficiente para controlar pessoas, para reunir determinados grupos, para impedir o anonimato ou o pseudonimato (muitas vezes utilizados para evitar represálias ou para buscar aumentar a capacidade de persuasão de ideias).

architectural problem, já que ao serem retirados do contexto original em que foram coletados, os dados podem ser facilmente mal interpretados; (v) exclusão, que diz respeito à não cientificação do indivíduo acerca das informações que entidades públicas e privadas detêm sobre ele, retira-lhe a possibilidade de verificar a precisão dos registros, criando uma sensação de vulnerabilidade e de impotência em razão da incapacidade de participar do processo de manutenção e uso de suas próprias informações e pode criar um *architectural problem*, por reduzir a responsabilidade (*accountability*) das entidades que mantêm esses registros sobre os indivíduos.

A disseminação de informação diz respeito à forma como os dados são transferidos ou tratados para serem transferidos para outros, englobando a proteção contra: (i) a quebra de confidencialidade, que se refere à revelação dos segredos que foram confiados pelo indivíduo a um profissional, abalando, portanto, relações que se baseiam na fidúcia (bastando, portanto, a traição da confiança para ocorrer o dano); (ii) a divulgação, ou seja, contra a difusão de informações *verdadeiras* referentes a assuntos privados, envolvendo, em regra, um dano reputacional⁹³⁸ (via de regra, o dano da divulgação não advém tanto de uma eliminação de sigilo, mas sim da disseminação da informação para além dos fluxos de propagação definidos pelo próprio titular); (iii) a exposição, referente à exibição de certos atributos físicos ou emocionais de uma pessoa que podem causar constrangimento e humilhação, informações essas que normalmente são usados para julgar o caráter ou a personalidade das pessoas; (iv) o aumento da sensibilidade, referente à facilitação do acesso a informações que já estão disponíveis para o público, podendo aumentar os riscos de danos pela divulgação e de utilização da informação para outros fins que não aqueles para os quais originariamente foram disponibilizadas para o público⁹³⁹; (v) a chantagem, por meio da ameaça de exposição dos segredos pessoais do chantageado, criando uma condenável relação de poder, de forma que o dano não está na real divulgação das informações, mas sim no controle exercido por aquele que faz a ameaça sobre o titular dos dados (de forma que a proteção tem o intuito não de evitar a divulgação em si, mas de impedir o uso da ameaça de divulgação como uma ferramenta de poder de um indivíduo sobre o outro); (vi) a

⁹³⁸ *Ibid.* No entanto, existem críticas no sentido de que uma proteção muito ampla contra a divulgação poderia infringir a liberdade de expressão e mesmo inibir nossa capacidade de julgar os outros e de determinar se eles são dignos de nossa confiança. O autor, contudo, defende que proteção contra a divulgação salvaguarda a autonomia individual (pois o risco de divulgação pode impedir que as pessoas se engajem em atividades que promovam seu autodesenvolvimento), promove a autogovernança democrática (pois boa parte do discurso político não ocorre em público, mas em conversas privadas), a liberdade de associação (pois o risco de divulgação pode inibi-la) e resguarda o anonimato (que muitas vezes é um elemento essencial para o pleno desenvolvimento da liberdade de expressão), além de salvaguardar a segurança dos indivíduos, permitindo-os proteger informações que os tornam vulneráveis ou que possam ser utilizadas para prejudicá-los ou causar danos à sua reputação.

⁹³⁹ Entretanto, em razão do citado "paradigma do segredo", é comum que não se reconheça interesse de privacidade a ser protegido com relação a informações que já estão divulgadas ao domínio público.

apropriação, que diz respeito à utilização de elementos da identidade ou da personalidade de uma pessoa para os propósitos e as metas de outra, causando dano à dignidade, interferindo na liberdade e no autodesenvolvimento pessoal (já que pode afetar o controle da maneira como o indivíduo se apresenta à sociedade)⁹⁴⁰; (vii) a distorção que envolve a manipulação da maneira como uma pessoa é percebida e julgada pelos demais, em razão de a vítima ser exposta de forma imprecisa ao público, pela revelação de informações falsas e enganosas a seu respeito ("*false light*", de forma semelhante a um dos *torts* de privacidade de Prosser), o que pode afetar negativamente a sua reputação e a forma como as pessoas enxergam seu caráter.⁹⁴¹

Por fim, a invasão abarca salvaguarda referente a dois aspectos não exclusivamente referentes a informação: (i) a intrusão, que se refere a invasões ou intromissões na vida de alguém, perturbando suas atividades diárias, alterando suas rotinas, aniquilando sua solidão, causando desconforto ao indivíduo - a proteção contra a intrusão salvaguarda o "*right to be alone*", envolvendo não apenas os domínios privados, mas também a possibilidade de afastar intromissões em domínios públicos, naquele espaço pessoal que permite ao indivíduo interagir com os outros sem a interferência do restante da sociedade⁹⁴²; e (ii) a interferência decisional, ou seja, a intromissão governamental nas decisões dos indivíduos sobre aspectos de suas vidas particulares (como sexualidade, educação dos filhos etc), que, além de ser danosa à autonomia e à privacidade, também se relaciona ao interesse individual de evitar a divulgação de determinados assuntos privados.

A utilização da metodologia descritiva para o estudo da privacidade geralmente sofre críticas, por acabar provocando, muitas vezes, um alargamento indevido da esfera de proteção do direito. Dessa forma, o estudo de Solove não pode ser visto sem certa reserva, muito embora realmente permita refletir sobre os elementos conformadores do direito à privacidade de forma mais ampla e multidimensional, a partir da ideia proposta dos danos causados em razão da violação da privacidade de alguém.

No entanto, no cenário jurídico brasileiro muitos dos problemas ou violações indicados por Solove, como se pode deduzir, via de regra, não são tratados expressamente no âmbito do direito à privacidade. Assim, muito embora, repita-se, a análise da taxonomia interesse

⁹⁴⁰ Assim, a apropriação pode ser prejudicial, ainda que não seja, por si só, humilhante ou desrespeitosa, por gerar um impacto negativo na liberdade da vítima de construir sua autonarrativa (não se limitando, portanto, a uma perda de lucros pela utilização dos elementos de sua identidade, por exemplo).

⁹⁴¹ Lembrando que a reputação e o caráter são elementos essenciais à identidade e à capacidade de o indivíduo se envolver na vida pública e de se relacionar com os outros, podendo a perda da consideração social gerar efeitos devastadores em diversos aspectos da vida da pessoa.

⁹⁴² A intrusão não precisa compreender incursões especiais nem envolver a coleta de informações; relaciona-se a atividades perturbadoras (ex. spams, telemarketings etc.) que diminuem o tempo e a atenção das pessoas, por interromperem suas atividades; afeta, portanto, o estado de estar só ou a capacidade do indivíduo de se afastar da presença de outras pessoas.

como forma de melhor visualizar uma concepção de privacidade *enriquecida e ampliada*, permitindo refletir sobre o verdadeiro âmbito de proteção do direito à privacidade, é preciso ter em mente que sua construção se amolda especialmente à realidade jurídica norte-americana. Calha, pois, por fim, considerando os limites e os objetivos deste estudo, buscar delimitar a noção de privacidade construída no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

2. O DIREITO À PRIVACIDADE NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

2.1. A insuficiência do simples critério semântico

O direito à privacidade está expressamente previsto na Constituição brasileira como um direito fundamental. Além disso, também se lhe reconhece tratamento infraconstitucional: por exemplo, o Código Civil brasileiro tutela a inviolabilidade da vida privada como um direito de personalidade e na seara penal há regras que especialmente salvaguardam aspectos relacionados à privacidade dos indivíduos.

No entanto, tais previsões normativas são geralmente vagas, não elucidativas em relação ao âmbito de proteção do referido direito (o que, de toda forma, acaba por se coadunar com a própria fluidez do conceito). Assim, para se buscar identificar os contornos da proteção do direito à privacidade no cenário jurídico brasileiro (sem qualquer intenção, é claro, de esgotamento do tema, mas apenas com o intuito de conferir uma perspectiva ampla ao tratamento que tem sido dado atualmente a esta garantia), propõe-se analisar a conformação do referido direito fundamental a partir das principais previsões normativas sobre o tema e à luz das reflexões apresentadas *supra* e dos tratados e convenções dos quais o Brasil seja parte e que tratem sobre o tema⁹⁴³.

Como elemento norteador inaugural para esta análise, opta-se pela utilização do critério linguístico ou semântico para a identificação dos dispositivos normativos a serem examinados neste primeiro momento. Assim, propõe-se uma análise que considere, para esta etapa preliminar, as hipóteses normativas que utilizem os termos "privacidade", "vida privada", e "intimidade", abrangendo: documentos internacionais, o texto constitucional e, em seguida, uma rápida menção às principais normas que garantem a tutela civil e penal da privacidade no ordenamento jurídico brasileiro. Desde já, vale ressaltar que embora existam, de acordo com os critérios semânticos propostos, diversas menções ao direito de privacidade no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, nenhum dos instrumentos normativos chega a conceituar ou definir o que se entende por esse direito.

⁹⁴³ Vale lembrar que tais normas se incorporam ao ordenamento jurídico brasileiro nos termos do § 2º do artigo 5º da Constituição, segundo o qual "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."

À partida, salienta-se que o tema *direito à privacidade* tem assento em vários instrumentos internacionais de salvaguarda de direitos humanos aprovados ou ratificados pelo Brasil - nesse sentido, veja-se: (i) o art. 12º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (que prevê a proteção contra interferências na vida privada, na família, no lar ou na correspondência dos indivíduos); (ii) o art. 5º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (que prevê proteção da pessoa contra ataques abusivos à sua vida particular e familiar); (iii) o art. 17 do Pacto das Nações Unidas sobre os Direitos Civis e Políticos do Homem (que salvaguarda a pessoa contra ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência); e (iv) o art. 11, nº 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (que protege o indivíduo contra interferências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência).

Verifica-se, à partida, que, em sua maioria, os textos dos instrumentos internacionais o consagram o viés de exclusão (aspecto negativo do direito à privacidade), protegendo o indivíduo contra interferências em sua vida privada, na sua família, no seu lar ou domicílio e na suas correspondências ou comunicações, aproximando-se, pois, do *right to be alone* (muito embora não indiquem necessariamente uma proteção quanto a aspectos específicos da decisional *privacy* no viés que se aproxima da ideia de autonomia individual).

Na constituição brasileira, a previsão do inciso X do art. 5º - dispositivo principal de tratamento do tema - é bastante simples: protege-se a inviolabilidade da *intimidade*, da *vida privada*, da honra e da imagem das pessoas. Além dessa norma, considerando o critério semântico proposto, o texto constitucional apenas prevê a possibilidade excepcional de restrição da publicidade dos atos processuais quando a defesa da *intimidade* assim o exigir (art. 5º, LX⁹⁴⁴ e art. 92, IX⁹⁴⁵).⁹⁴⁶

⁹⁴⁴ *Verbis*: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".

⁹⁴⁵ *Verbis*: "Artigo 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;"

⁹⁴⁶ Essa forma de proteção da privacidade no ordenamento jurídico brasileiro se aproxima da adotada nos textos constitucionais português e espanhol - no entanto, as constituições ibéricas trazem, no mesmo dispositivo principal, outros objetos de tutela intimamente relacionados com a privacidade, de forma mais detalhada e enriquecida que a Constituição brasileira (já que, como visto, esta última apenas acrescenta, no dispositivo principal, a proteção à honra e à imagem, as quais, é cediço, tem âmbito de tutela diferente do da privacidade). De fato, o artigo 18 da Constituição espanhola prevê expressamente a salvaguarda do direito à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem; à inviolabilidade do domicílio; ao segredo das comunicações; e à limitação legal do uso da informática para se garantir a honra, a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício dos seus direitos. Já na Constituição portuguesa, o artigo 26º protege, dentre outros, os direitos à reserva da

Tais previsões relativamente simples, alusivas à proteção geral da intimidade e da vida privada acabam por não contribuir para uma delimitação concreta do âmbito de proteção do direito. Mas o primeiro ponto que se deve ter em mente é que as citadas normas (selecionadas para análise, repita-se, porque mencionam expressamente os vocábulos "privacidade" ou "intimidade" ou "vida privada" no seu texto) parecem indicar no mínimo a existência de uma espécie de **cláusula geral da proteção do direito à privacidade** - a qual, desde já, propõe-se, apenas para facilitar a análise aqui apresentada, denominar de "direito geral à privacidade" ou simplesmente "direito à privacidade", como um "termo guarda-chuva", que pode abrigar os diferentes elementos relacionados ao mesmo âmbito temático⁹⁴⁷. Isso porque a redação utilizada no texto constitucional brasileiro - que diferencia vida privada e intimidade - parece indicar a adoção da teoria alemã das esferas, a qual, como já exposto, entende-se não ser adequada ao tratamento da questão. Além disso, como ficará mais claro adiante, defende-se que o direito à privacidade engloba outros vários objetos de tutela específicos, que tanto podem ser objeto de previsão própria no ordenamento jurídico, quanto podem ser deduzidos dessa cláusula geral.

Prosseguindo a análise a partir do critério semântico, calha ainda mencionar brevemente as principais tutelas infraconstitucionais da privacidade no âmbito civil e no âmbito penal. De fato, o direito à privacidade, além de se classificar como um direito fundamental, também se qualifica como um direito de personalidade, integrando, portanto, o *minimum* necessário e imprescindível para se conferir valor concreto à personalidade, servindo de substrato aos demais direitos subjetivos, garantindo que a pessoa exista como tal⁹⁴⁸ e tutelando o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Daí encontrar guarida no espaço reservado à tutela da personalidade no âmbito do Direito Civil^{949 950} - com

intimidade da vida privada e familiar, ao desenvolvimento da personalidade, à imagem, à proteção contra obtenção e utilização abusiva de informações pessoais ou familiares e à identidade genética.

⁹⁴⁷ Muito embora se tenha consciência de que, no âmbito brasileiro, parte expressiva da doutrina defenda a diferenciação dos conceitos de vida privada e intimidade sob o argumento de que o texto constitucional assim o fez e que a Constituição, por pressuposto, não conteria palavras inúteis. Veja-se a título de exemplo, a diferenciação proposta por Carlos Ayres Britto (Biografias: entre o certo e o certo, **Justiça & cidadania**, v. n. 161, p. 14–15, 2014) que se aproxima inegavelmente da ideia da teoria das esferas: "Vida em isolamento ou do indivíduo consigo mesmo (intimidade é isso); vida em interação com pessoas mais próximas em afeto e confiança (esse o conceito de privacidade); vida com os seres humanos em geral (vida social genérica)."

⁹⁴⁸ DE CUPIS, **Os direitos da personalidade**, p. 23 e 24. Segundo o autor (p. 25) é possível denominar os direitos da personalidade como direitos "inatos", uma vez que se constituem direitos relativos à própria natureza da pessoa.

⁹⁴⁹ Na esteira da doutrina de Paulo Mota Pinto (Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, **Juris Plenum**, v. nº. 95, 2007), os direitos da personalidade são, em grande medida, o correspondente privatístico dos direitos fundamentais que incidem sobre os bens da personalidade.

⁹⁵⁰ Assim como o Código Civil português (artigo 70), o Código Civil brasileiro também possui previsão de uma espécie de "cláusula geral" de tutela da personalidade em seu artigo 12 (entretanto, a natureza e a funcionalidade da cláusula geral expressa na norma portuguesa seja mais clara e destacada que a da norma brasileira). Na linha da doutrina de Gustavo Tepedino (Cidadania e os direitos de

efeito, o Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002) prevê no art. 21⁹⁵¹ a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural⁹⁵². Além disso, e reforçando o valor de tal proteção jurídica para o ordenamento jurídico e a sociedade, o direito à privacidade também é objeto de tutela penal, em *ultima ratio*. O Código Penal brasileiro em sua Parte Especial, possui um único tipo específico em que aparece expressamente um dos termos do critério semântico proposto: o tipo de registro não autorizado da intimidade sexual (art. 216-B)⁹⁵³. Entretanto, traz previsão de tipos autônomos de violação de domicílio, de violação de correspondência, de divulgação de segredo, de violação de segredo profissional e de invasão de dispositivo informático⁹⁵⁴,

personalidade, **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, v. nº 3, 2002.): "Duas cláusulas gerais são veiculadas nos arts. 12 e 21. O artigo 12 prevê a possibilidade de cessão de ameaça ou da lesão a direito da personalidade e o ressarcimento pelos danos causados. Nos termos do art. 21, 'a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma'. Ambos os dispositivos, lidos isoladamente no âmbito do corpo codificado, não trazem grande novidade, sendo certo que a vida privada é constitucionalmente inviolável (CF, art. 5º, caput, e inciso X,) e que qualquer lesão ou ameaça de lesão possibilita a correspondente tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). Os preceitos ganham, contudo, algum significado se interpretados como especificação analítica da cláusula geral de tutela da personalidade prevista no Texto Constitucional nos arts. 1º, III (a dignidade humana como valor fundamental da República), 3º, III (igualdade substancial) e 5º, § 2º (mecanismo de expansão do rol dos direitos fundamentais). A partir daí, deverá o intérprete romper com a ótica tipificadora seguida pelo Código Civil, ampliando a tutela da pessoa humana não apenas no sentido de admitir uma ampliação de hipóteses de ressarcimento, mas, de maneira muito mais ampla, no intuito de promover a tutela da personalidade mesmo fora do rol de direitos subjetivos previstos pelo legislador codificado."

⁹⁵¹ *Verbis*: "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma."

⁹⁵² A previsão, em alguma medida, se aproxima daquela contida no Código Civil português (Decreto-Lei nº 47.344/66), que institui em seu art. 80º o dever geral de se guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem e estabelece que a extensão dessa reserva se define de acordo com a natureza do caso e a condição das pessoas. Rita Amaral Cabral (O Direito à intimidade da vida privada (breve reflexão acerca do art. 80º do Código Civil), *in*: **Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha**, Lisboa: 1988) destaca a possibilidade de o juiz se valer dos citados critérios de "natureza do caso" e "condição das pessoas" para análise concreta, de forma que, em relação ao segundo ponto, serão considerados tanto a forma como a pessoa se integra na sociedade como a maneira como se porta, seu modo de ser. Paulo Mota Pinto (Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro.) opina que, muito embora essa concepção sobre a extensão da reserva não esteja prevista expressamente no Código Civil brasileiro, deve se considerar vigente um regime semelhante, uma vez que isso resulta da própria natureza deste direito.

⁹⁵³ *Verbis*: "Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes."

⁹⁵⁴ De forma mais específica, o Código Penal brasileiro prevê os seguintes tipos: (i) violação de domicílio (art. 150), que protege contra intromissão indevida - sem consentimento do morador - de terceiros na habitação do indivíduo e nas suas dependências, salvaguardando a liberdade e tranquilidade domésticas, a segurança, a intimidade e a vida privada conferidas, como refúgio, ao indivíduo; (ii) violação de correspondência (art. 151), que salvaguarda a liberdade individual contra a devassa indevida de conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem, bem como protege o indivíduo contra a sonegação ou destruição de correspondência e contra a violação de suas comunicações telegráficas, radioelétricas ou telefônicas (seja, por exemplo, por divulgação ou transmissão indevida ou por impedimento na comunicação); (iii) divulgação de segredo (art. 153), que tutela a inviolabilidade do segredo, protegendo o indivíduo contra a divulgação, sem justa causa, de conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, bem como contra a divulgação de informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não em bancos de dados da Administração Pública (não inclui, portanto, o segredo transmitido oralmente); (iv) violação de

previstos no capítulo dos crimes contra a liberdade individual (sem menção expressa, pois, aos vocábulos "privacidade", "vida privada" ou "intimidade").

Vê-se, portanto, que, a partir do critério semântico, é possível se associar a proteção do direito à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro com um viés negativo, de exclusão de terceiros, de proteção do indivíduo contra interferências em sua vida privada, na sua família, no seu lar ou domicílio e na suas correspondências ou comunicações - uma espécie de *right to be alone*, mas, repita-se, bastante focado no viés negativo do direito.

No entanto, para se ter uma visão real - mais integral e abrangente - do direito fundamental à privacidade, há ainda dois pontos que devem ser levados em conta: (i) o primeiro é que o critério semântico é bastante redutor para a análise que ora se propõe, servindo realmente apenas como elemento norteador inicial, o que torna necessário averiguar outros dispositivos normativos, *maxime*, normas constitucionais; e (ii) o segundo é o fato de a proteção de dados pessoais não constar de forma expressa no arcabouço constitucional brasileiro como um direito fundamental (exceto, de forma indireta, por meio da previsão do *habeas data*), o que ainda leva à dúvida sobre tal tutela integrar o âmbito de proteção do direito fundamental à privacidade ou dever ser entendida como um direito fundamental implícito, mas autônomo.

De fato, no ordenamento jurídico brasileiro, a proteção de dados teve um desenvolvimento consideravelmente mais lento do que o ocorrido nos Estados Unidos e na Europa - muito embora a Constituição de 1988 tenha previsto no rol de direitos fundamentais, de forma inovadora, o instrumento judicial do *habeas data* (cabível para assegurar o conhecimento de informações referentes à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados públicos e para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo)⁹⁵⁵, que pode ser entendido como a principal referência indireta à proteção de dados pessoais constante do texto constitucional⁹⁵⁶, até

segredo profissional (art. 154), ou seja, de segredo do qual tomou conhecimento em razão de função, ministério, ofício ou profissão, englobando, inclusive, o transmitido oralmente; e (v) invasão de dispositivo informático (art. 154-A), com o fim de obter, adulterar ou destruir dados sem autorização do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Paulo José da Costa Júnior (**O direito de estar só: a tutela penal do direito à intimidade**, 3ª ed. São Paulo, Brasil: Siciliano Jurídica, 2004, p. 53 e 54) destaca, entretanto, que o consentimento do titular da intimidade desfigura o delito que envolve a indiscrição - segundo o autor, se o indivíduo tem o direito de permanecer recolhido em sua esfera privada, também tem o direito de sair de seu isolamento ou de permitir que terceiros tenham acesso à sua soledade. Dessa forma, o consentimento teria o condão de remover a ilegalidade do ato. Mas, ressalta que, para tanto, o consentimento deve ter um fim determinado e não pode vir a ser utilizado pelos seus destinatários além das limitações exatas em que tenha sido concedido, lembrando ainda que o consentimento para que terceiros penetrem na intimidade de determinada pessoa não se estende para que se promova posterior divulgação das particularidades conhecidas em função daquele convívio.

⁹⁵⁵ Previsto no art. 5º, inciso LXXII e regulamentado pela Lei nº 9.507/97.

⁹⁵⁶ Vale ressaltar que, muito embora, o inciso XII do artigo 5º da Constituição estabeleça regra de sigilo sobre a comunicação de dados, prevendo que "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas" -, há que se considerar que

recentemente o tema era tratado apenas por previsões esparsas na legislação infraconstitucional (como no Código de Defesa do Consumidor, na Lei de Acesso à Informação e, mais recentemente, no Marco Civil da Internet⁹⁵⁷). Apenas em 2018, após um

nem o referido dispositivo limita os dados a que se refere a dados pessoais, nem mesmo destina-se à proteção destes dados em sentido amplo - de fato, o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade declarou que a proteção referida no art. 5º, XII, é da "comunicação de dados" e não dos "dados em si mesmos", ainda quando armazenados em computador. Nesse sentido, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (Direito à privacidade, **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**, v. 1, n. 2, p. 51 a 76, 1998) uma década após a entrada em vigor da Constituição afirmava, com relação a esta disposição referente ao sigilo de comunicação de dados: "A primeira dificuldade é estabelecer o que são dados. (...) A segunda dificuldade é delimitar a proteção constitucional: somente a comunicação de dados, ou seja, aquela feita em rede de computadores, transmitida normalmente por linha telefônica ou também dados armazenados?" O autor entendia que a proteção, nesse caso, abrangia também os dados armazenados: "Ocorre que os dados armazenados não estão protegidos pelo inciso XII, do artigo 5º da Constituição, mas pelo inciso X, do mesmo artigo, que assegura o direito à intimidade e à privacidade. Deste modo, forçoso concluir que também os dados armazenados são protegidos constitucionalmente." Quanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, citam-se trechos das seguintes decisões: (i) "Não se pode interpretar a cláusula do art. 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados, e não dos dados." HC 91.867, rel. min. Gilmar Mendes, j. 24-4-2012, 2ª T, DJE de 20-9-2012. (ii) "Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação "de dados", e não os "dados", o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse." (MS 21.729, rel. p/ o ac. min. Néri da Silveira, voto do min. Sepúlveda Pertence, j. 5-10-1995, P, DJ de 19-10-2001). (iii) "Inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de micro computador, obtidos por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação a privacidade alheia (art. 5º, X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degradada ao arripio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI, da CF)" (AP 307, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Segunda Turma, julgado em 13/12/1994, DJ 13-10-1995 PP-34247 EMENT VOL-01804-11 PP-02104 RTJ VOL-00162-01 PP-00003).

⁹⁵⁷ Citam-se as seguintes previsões principais: (i) o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/91), que prevê regras aplicáveis aos bancos de dados de consumidores, referentes à coleta e ao armazenamento das informações, indicando os direitos do consumidor e os deveres dos responsáveis pelos bancos de dados (art. 43), além de tipificar como crime a negativa ou a obstaculização do acesso do consumidor às informações constantes dos bancos de dados e a não correção imediata de informação sobre o consumidor que se saiba ou deveria se saber ser inexata (art. 72 e 73); (ii) a Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011), que prevê a possibilidade de criação de bancos de dados para formação de histórico de créditos, os quais, entretanto, só poderão se valer de informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado (art. 3º); (iii) a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), que trouxe uma seção destinada às informações pessoais - conceituando a expressão a partir do critério da identificabilidade - dentro do capítulo que trata das restrições de acesso à informação, prevendo que "o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais" (art. 31, caput), tendo determinado, entretanto, que tais restritivas não poderiam ser invocadas para prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido e nem ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância (art. 31, § 4º); (iv) a Lei nº 12.737/2012, referente à tipificação criminal de delitos informáticos, que acrescentou ao Código Penal brasileiro a tipificação da invasão de dispositivos informáticos (art. 154-A) e de interrupção ou perturbação de serviço informático, telemática ou de informação de utilidade pública (art. 266, § 1º); (v) a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que positivou alguns pontos referentes à proteção de dados pessoais de forma mais específica: previu, como um dos princípios que disciplinam o uso da internet no Brasil a proteção de dados pessoais (art. 3º, III), consagrou

longo trâmite legislativo, entrou em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD brasileira (Lei nº 13.709/2018), nitidamente inspirada na Diretiva de Proteção de Dados Pessoais (Diretiva nº 95/46/CE) e, posteriormente, no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais - (Regulamento (UE) 2016/678 do Parlamento Europeu e do Conselho)⁹⁵⁸, da qual destacam-se os seguintes aspectos: (i) previsão de que a tutela legal dos dados pessoais tem o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e de livre desenvolvimento da personalidade (art. 1º, *caput*); (ii) indicação como fundamentos da proteção de dados pessoais, dentre outros: o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade⁹⁵⁹, da honra e da imagem, e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (art. 2º)⁹⁶⁰; (iii) previsão de aplicabilidade ampla, englobando qualquer tratamento de

diversos direitos dos usuários relativos ao tratamento de seus dados pessoais, tais como a vedação do compartilhamento de dados sem o consentimento do titular (salvo nas hipóteses legais) e direitos referentes à transparência sobre os detalhes da coleta e do tratamento e à observância do princípio da finalidade (art. 7º) e, ao cuidar da "provisão de conexão e de aplicações de internet" (Capítulo III), dedicou a seção II para tratar da "proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas" (art. 10 a 12) - no entanto, vale ressaltar que referida norma não garante a privacidade e a proteção de dados de forma abrangente, completa e estruturada. Cite-se, ainda, que nos últimos anos houve a criação normativa de alguns bancos de dados específicos (limitados a determinados temas), alimentados por diversos tipos de informações pessoais, a título de exemplo: (i) a Lei nº 12.037/2009 estabeleceu um banco de dados de identificação criminal, prevendo a constituição de um banco de dados de perfil genético destinado a armazenar informações genéticas dos investigados - sem previsão da necessidade de consentimento -, a ser gerenciado por unidade oficial de perícia criminal (art. 5º, parágrafo único e art. 5º-A, incluídos pela Lei nº 12.654/2012); (ii) na mesma Lei nº 12.037/2009, mas em razão de modificação introduzida pela Lei nº 13.964/2019, foi autorizada a criação, no âmbito do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, com o objetivo de armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou distritais (art. 7º-C); (iii) o Decreto nº 7.950/2013, recentemente alterado pelo Decreto nº 9.817/2019, instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos, com o objetivo armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes, e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, com o intuito de permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal; (iv) a Lei nº 12.414/2011, recentemente alterada pela Lei Complementar nº 166/2019, criou o cadastro positivo, que possibilita a formação e a consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas - sem previsão da necessidade de consentimento prévio -, para formação de histórico de crédito.

⁹⁵⁸ No entanto, há que se reconhecer que, em determinados aspectos, a lei brasileira é menos rígida e também menos específica - por exemplo, na falta de indicação, diferente do que ocorre no RGPD, do que sejam "pessoas identificáveis" quando conceitua dados pessoais, na previsão de que a autoridade deverá ser comunicada de incidente de segurança dos dados em "prazo razoável", enquanto o RGPD define que tal comunicação deve se dar em até 72 horas, ou na não indicação específica de técnicas de segurança para a proteção de dados, enquanto o RGPD traz exigências expressas, por exemplo, encriptação e pseudonimização.

⁹⁵⁹ Note-se que a referida lei reproduz a suposta diferenciação entre privacidade e intimidade, indicando, ao menos aparentemente, a adoção da teoria das esferas, o que, entende-se, como exposto acima, parece uma opção equivocada.

⁹⁶⁰ Além destes, também são citados como fundamentos da proteção de dados pessoais: o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação e a livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor (art. 2º).

dados realizado por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado (art. 3º, *caput*), excetuando-se, entretanto, dentre outros, os tratamentos realizados para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado, ou atividades de investigação e repressão de infrações penais (art. 4º, inciso III⁹⁶¹); (iv) conceituação de elementos essenciais à temática da proteção de dados pessoais em sentido bastante aproximado ao que vem sendo utilizado no âmbito da União Europeia e do RGPD, tais como: (a) definição de dado pessoal a partir do critério de identificabilidade (art. 5º, inciso I - muito embora a LGPD, diversamente do RGPD, não esclareça o que se considera uma pessoa identificável); (b) definição de dados pessoais sensíveis como aqueles relacionados à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (art. 5º, inciso II - denominados na RGPD de *categorias especiais de dados pessoais*); (c) conceituação de tratamento com sentido amplo, englobando toda operação realizada com dados pessoais (art. 5º, inciso X)⁹⁶²; e (d) identificação do consentimento vinculado à ideia de manifestação livre e informada e ao princípio da finalidade (art. 5º, inciso XII); (v) especificação dos princípios aplicáveis ao tratamento dos dados pessoais: boa-fé, finalidade, adequação, necessidade (tratamento mínimo), livre acesso aos titulares, qualidade dos dados (exatidão, clareza, relevância e atualização), transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas (art. 6º); (vi) previsão da lista de hipóteses específicas em que o tratamento de dados pessoais pode ser realizado⁹⁶³ bem como da lista de hipóteses em que o tratamento de dados pessoais sensíveis pode ser realizado, seja com o consentimento do

⁹⁶¹ Ressalte-se que, quanto a estas possibilidades excepcionais de tratamento de dados pessoais, o § 1º do art. 4º prevê que "o tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei."

⁹⁶² No citado art. 5º, inciso X, a lei traz o seguinte rol exemplificativo do que se considera como tratamento: coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

⁹⁶³ Com efeito, a LGPD prevê dentre as hipóteses específicas em que o tratamento de dados pessoais pode ser realizado: (a) tratamento com o consentimento do titular (devendo, nos termos do art. 8º, referir-se a finalidades determinadas, vedada a utilização de autorizações genéricas), (b) tratamento para cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador (pessoa a quem competem as decisões sobre o tratamento de dados pessoais); (c) tratamento pela administração pública, para tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas; (d) tratamento necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, salvo no caso em que devam prevalecer os direitos e as liberdades fundamentais do titular dos dados (art. 7º).

titular, para finalidades específicas, seja sem tal consentimento⁹⁶⁴ ⁹⁶⁵; (vii) consagração de direitos do titular dos dados, tais como: a salvaguarda da titularidade dos dados pessoais, garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade (art. 17), o direito de obter informações do controlador sobre o tratamento de dados (art. 18), o direito de acesso facilitado do titular às informações sobre o tratamento de seus dados (art. 9º); o direito de solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizados de dados pessoais, inclusive as relacionadas à definição de seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou dos aspectos de sua personalidade (art. 20); e (viii) previsão regramento específico para o tratamento de dados pelo Poder Público (ponto em que a LGPD se distancia do RGPD, que não faz tal distinção) que englobam, por exemplo: (a) determinação de que o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, devendo ser informadas, em veículos de fácil acesso, as hipóteses em que tal tratamento é realizado, a previsão legal para tanto, a finalidade, procedimentos e práticas utilizadas (art. 23); (b) a regra de que os dados coletados sejam mantidos em formato interoperável e estruturado para o uso compartilhado com a finalidade de execução de políticas públicas, de prestação de serviços públicos, de descentralização da atividade pública e de disseminação e de acesso das informações pelo público em geral (art. 25); e (c) indicação de que o uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender às finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais previstos na própria LGPD, bem como a vedação de transferência, a entidades privadas, dos dados pessoais constantes de bases de dados a que tenha acesso (art. 26)⁹⁶⁶.

Considerando o exposto, parece inevitável realizar uma certa dissociação do direito referente à proteção de dados - à autodeterminação informativa - do direito de privacidade,

⁹⁶⁴ Dentre as hipóteses de tratamento dos dados pessoais sem o consentimento do titular: (a) quando for indispensável para cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, (b) para tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas, (c) para garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônico (art. 11).

⁹⁶⁵ Nesse ponto, a LGPD se diferencia sutilmente do RGPD: enquanto naquela existe a previsão de uma espécie de "proteção especial" para os dados sensíveis, só se admitindo seu tratamento em hipóteses expressamente previstas na lei (art. 11), nesta última proíbe-se o tratamento das denominadas "categorias especiais de dados pessoais", admitindo-se, entretanto, algumas exceções (art. 9º).

⁹⁶⁶ Cite-se, ademais, que a LGPD também estabeleceu regras de segurança e de sigilo dos dados, de boas práticas e de regras de governança (Capítulo VII - dessa forma, a adoção de boas práticas se tornou uma obrigação legal), além de ter criado a Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD, como um órgão da administração pública federal integrante da Presidência da República, passível de posterior transformação em autarquia especial, com autonomia técnica e decisória (art. 55-A), bem como o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade.

no sentido do que vem sendo feito no âmbito europeu. De fato, o direito à autodeterminação informativa configura-se a partir da proteção dos dados pessoais de forma ampla (a partir do critério da identificabilidade) e não apenas com relação àqueles que estariam englobados por uma tutela da vida privada do indivíduo. Ou seja, o que se pretende salvaguardar com a proteção de dados pessoais ultrapassa o direito individual de escolher aquilo que deve ou não ser publicizado sobre si, abrangendo aspectos muito mais amplos, como a proteção contra decisões automatizadas a partir da criação de perfis ou a salvaguarda de um certo equilíbrio na balança de poder, relacionada à obtenção e uso dos dados, bem como à informação sobre estes aspectos. Isso não quer dizer, entretanto, que o direito à autodeterminação informativa seja totalmente dissociado do direito geral de privacidade, apenas que este não engloba aquele por completo - daí a necessidade de autonomização da ideia de proteção de dados.

E, sendo assim, seria necessário buscar elementos constitucionais que indicassem o reconhecimento do direito à proteção de dados como um direito fundamental implícito, mas autônomo, nos termos do § 2º do art. 5º (segundo o qual "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados"), o que poderia ser inferido a partir da análise conjunta, no mínimo: (i) do direito à não discriminação, que garante a proteção contra tratamentos de dados pessoais que resultem em algum tipo concreto de *discrímen* negativo que simplesmente despreze qualquer aspecto de individualidade dos sujeitos; (ii) do direito geral de liberdade e, por consequência, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que garantem, por exemplo, que cada um dirija suas condutas de acordo com sua consciência individual, mas antes disso, que cada consciência individual seja livremente formada, com amplo acesso a todo tipo de informação que desejar, e não manipulada por meio de algoritmos que possam restringir-lhe a diversidade de confrontos e de reflexões, bem como garantem que cada pessoa tenha a liberdade de, conscientemente, escolher, no mínimo, a quais situações de risco de manipulação de informações quer se submeter; (iii) do direito geral de acesso à informação e do direito específico de acesso à informação administrativa (no caso de tratamento de dados realizado pelo Estado), considerando que tais direitos parecem englobar o direito de conhecer o que se sabe sobre si e qual o risco (e como aconteceria) de essas informações poderem ser utilizadas para afetar suas escolhas, seu direcionamento de vida e até sua forma de pensar e suas convicções (para que, no mínimo, o indivíduo tenha consciência de tal possibilidade de manipulação); (iv) da garantia do *habeas data*, que, ainda que de forma incipiente, já traz uma explícita preocupação com a proteção de dados pessoais; (v) da concepção do Estado brasileiro como um Estado Democrático, fundamentado na cidadania, na dignidade da pessoa humana e no pluralismo político, o que demanda que se proteja a ampla liberdade de ação, de pensamento e de construção pessoal de cada sujeito,

possibilitando que cresçam na sociedade diferentes perspectivas, diferentes anseios, diferentes olhares para soluções dos problemas do corpo social.

Ocorre que, a par dessa conclusão, é possível se verificar que, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a matéria da proteção de dados vem sendo tratada, ao longo do sua evolução jurídica, de forma muito conectada ao contexto do direito geral de privacidade - mais se aproximando, pois, do enfoque norte-americano (muito embora seja possível se identificar uma discreta tendência doutrinária de autonomizar o direito à autodeterminação informativa⁹⁶⁷). Com efeito, verifica-se uma certa associação do direito à proteção de dados ao direito geral de privacidade tanto na legislação citada, quanto na doutrina e na jurisprudência brasileira⁹⁶⁸. E, sendo assim, a par da discussão sobre a

⁹⁶⁷ A título de exemplo, veja-se: (i) TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de, Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD, in: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Orgs.), **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e sua repercussão no direito brasileiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, *ebook*, que menciona a tendência de autonomização do direito de autodeterminação informativa; (ii) SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza, **A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro: um estudo sobre os limites na obtenção e no pelo empregador da informação relativa ao empregado**, São Paulo: LTr, 2014., que trata da proteção de dados em sentido aproximado ao tratamento dado na União Europeia.

⁹⁶⁸ Apenas a título de exemplo, no âmbito normativo, citam-se os seguintes pontos da LGPD: (i) logo no art. 1º, como adiantado, declara-se que o objetivo da tutela dos dados pessoais é proteger os direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e de livre desenvolvimento da personalidade - além da previsão específica da privacidade, todos os demais direitos citados, como visto no início desta análise, relacionam-se com a formação do direito à privacidade; (ii) em seguida, no art. 2º, o primeiro fundamento indicado para a proteção de dados pessoais é o respeito à privacidade (inciso I), adiante, cita-se ainda a inviolabilidade da intimidade (inciso IV), o que, aparentemente indica a adoção da teoria das esferas, a qual, muito embora se entenda ultrapassada como já exposto, não deixa de tratar do direito geral de privacidade; (iii) no art. 17, primeiro dispositivo do capítulo que trata sobre os direitos do titular dos dados, adota-se o seguinte texto: "toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei", em mais uma demonstração do tratamento aproximado entre a proteção de dados e o direito geral de privacidade; (iv) no art. 55-J, constam como atribuições da Agência Nacional de Proteção de Dados - ANPD atuação em políticas públicas relacionadas ao tema da privacidade. Além disso, antes mesmo da vigência da LGPD, a Lei de Acesso à Informação, embora adote o conceito de dados pessoais referente à identificabilidade do indivíduo, também aproxima, em seu art. 31 a proteção de dados e o direito à privacidade e à intimidade, ao prever que "o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais". Tal aproximação também pode ser vista no Marco Civil da Internet, que previu que a guarda e a disponibilização de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas (art. 10). No âmbito doutrinário, também apenas a título de exemplo, cite-se que: (i) Danilo Doneda (**Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**, *ebook*) trata a proteção de dados como uma espécie de elemento da privacidade que lhe confere uma "força expansiva"; (ii) Ana Frazão destaca, por exemplo, que a "indústria de dados" muitas vezes tem coletado e tratado dados pessoais de forma ilícita sob a justificativa de oferecer em contrapartida inúmeros benefícios e vantagens e gerar eficiência de maneira "gratuita", o que na verdade, revela a existência de um verdadeiro trade off entre inovação e privacidade, de forma que a violação desta seria o preço a se pagar pelos progressos tecnológicos e os novos serviços que daí advém (vinculando, pois, com tal raciocínio, a proteção de dados e a privacidade); (iii) Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Diana Paiva de Castro (Potencialidades do direito de acesso na nova Lei Geral da Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), in: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Orgs.), **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e sua repercussão no direito brasileiro**, São

autonomia da proteção de dados e do direito fundamental à autodeterminação informativa (que, como exposto supra, entende-se poder se inferir, como um direito fundamental implícito da Constituição brasileira) - com a qual concorda-se plenamente, uma vez que a proteção de dados pessoais, como demonstrado, não se limita a aspectos da privacidade do indivíduo - propõe-se, neste estudo, uma análise do tratamento do tema no cenário jurídico brasileiro aproximando intrinsecamente o direito à privacidade e a proteção de dados e a autodeterminação informativa.

Tal concepção segue em linha, com a já citada doutrina de Stefano Rodotà, no sentido de prevalecer, alfim, na sociedade atual, uma definição funcional da privacidade - com uma progressiva ampliação de sua concepção - que se aproxima do direito de manter o controle

Paulo: Revista dos Tribunais, 2019) defendem que o conceito de privacidade, na sociedade tecnológica, passa a ser entendido como direito ao controle da manipulação dos dados pessoais, limitando sua coleta ao mínimo para se atingir finalidade legítimas e específicas; e (iv) Gustavo Artese (Privacidade e proteção de dados pessoais: a diluição do consentimento e a responsabilidade demonstrável (*accountability*), **Revista Fórum de Direito na Economia Comportamental**, ano 1, n. 1, p. 141 a 162, 2017) relaciona a proteção de dados à vertente da *privacy* informacional, aproximando-se o tratamento do tema no âmbito norte-americano. Por fim, no âmbito jurisprudencial, destaca-se os seguintes trechos de julgados do Supremo Tribunal Federal em que o tratamento da proteção de dados é feito em um contexto geral do direito à privacidade: (i) "a divulgação de dados referentes aos cargos públicos não viola a intimidade e a privacidade, que devem ser observadas na proteção de dados de natureza pessoal" (RE 766390 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 24/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014); (ii) "O Tribunal esclareceu que as condições em que se dá a manipulação de dados pessoais digitalizados, por agentes públicos ou privados, consiste em um dos maiores desafios contemporâneos do direito à privacidade. (...) "Tais informações, relacionadas à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, configuram dados pessoais e integram o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII). Sua manipulação e seu tratamento, desse modo, devem observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional." (Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 976, de 04 a 08 de maio de 2020. Decisão referente às ADI 6387 MC-Ref/DF, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 6 e 7.5.2020. (ADI-6387), ADI 6388 MC-Ref/DF, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 6 e 7.5.2020. (ADI-6388), ADI 6389 MC-Ref/DF, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 6 e 7.5.2020. (ADI-6389), ADI 6390 MC-Ref/DF, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 6 e 7.5.2020. (ADI-6390), ADI 6393 MC-Ref/DF, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 6 e 7.5.2020. (ADI-6393)); (iii) "A ação de habeas data visa à proteção da privacidade do indivíduo contra abuso no registro e/ou revelação de dados pessoais falsos ou equivocados." (HD 90 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 18-2-2010, P, DJE de 19-3-2010; HD 92 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, j. 18-8-2010, P, DJE de 3-9-2010). No entanto, vale ressaltar que já se encontram decisões em que se analisa o direito à autodeterminação informativa como um direito autônomo - como exemplo, cite-se a decisão da ADPF 695 MC (Rela. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 24/06/2020): "A concepção autônoma de um direito fundamental à proteção de dados pessoais enquanto garantia objetiva de governança sobre o controle desses ativos torna secundário – para não dizer irrelevante – a categorização de dados pessoais e dados pessoais sensíveis. Como bem destacado pela professora Laura Schertel Mendes, é decisivo para a concepção do direito à autodeterminação: "o princípio segundo o qual não mais existiriam dados insignificantes nas circunstâncias modernas do processamento automatizado dos dados", de modo que "o risco do processamento de dados residiria mais na finalidade do processamento e nas possibilidades de processamento do que no tipo dos dados mesmos (ou no fato que quão sensíveis ou íntimos eles são)" (MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. No Prelo). Essa abrangência da proteção atribuída ao direito de autodeterminação constitui importante chave interpretativa do âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais, o qual não recai propriamente sobre a dimensão privada ou não do dado, mas sim sobre os riscos atribuídos ao seu processamento por terceiros."

sobre as próprias informações, podendo ser qualificada como "a tutela das escolhas da vida contra toda forma de controle público e de estigmatização social"⁹⁶⁹, em um contexto de liberdade das escolhas existenciais, de forma a se aproximar mais de uma proteção especial daquilo que se enquadra na esfera do pessoal do que na esfera do secreto.⁹⁷⁰

2.2. O direito à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro como *cluster right* funcionalizado à amplitude do conceito

À partida, cabe deixar claro que o que se propõe aqui é buscar desenhar as diretrizes mínimas norteadoras para se enxergar o direito geral à privacidade da forma mais abrangente possível (na esteira da doutrina de Stefano Rodotà citada *supra* bem como da concepção de suporte fático amplo dos direitos fundamentais, analisado na segunda parte deste estudo), considerando os aspectos possíveis que podem estar englobados na discussão da *privacy*, sem nenhuma pretensão, entretanto, de se chegar a uma definição ou delimitação definitiva.

Considerando o já exposto, parece, pois, ser possível afirmar, desde já, que, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito à privacidade está intimamente ligado às concepções de exclusão da ingerência de terceiros - Estado e sociedade - em um espaço de liberdade e autonomia ínsito ao indivíduo, necessário para o desenvolvimento de sua personalidade, e à ideia do controle das informações pessoais (relacionado, pois, à proteção de dados e à autodeterminação informativa). Assim, o direito à privacidade é encarado a partir de uma dupla perspectiva: um direito fundamental autônomo, merecedor de tutela própria e específica, além de um direito instrumental, no sentido de ser essencial para garantir e possibilitar a efetividade de outros direitos fundamentais e de valores essenciais ao Estado brasileiro.

E, dessa forma, ao que parece, a melhor forma de se visualizar o referido direito fundamental a partir de um panorama multidimensional e mais completo possível, que englobe todos os enfoques e aspectos da *privacy*. Em razão disso é que se propõe **classificar o direito geral à privacidade como um *cluster right***⁹⁷¹, ou seja, um direito complexo formado por um feixe de direitos que dele se inferem e nele se incluem, dando-lhe forma. Nesse caso, seria necessário, portanto, passar-se, à busca da identificação dos

⁹⁶⁹ L. M. Frideman, *The Republic of Choice. Law, Authority and Culture*, Cambridge (Mass), 1990, p. 184, *apud* RODOTÀ, **A vida na sociedade da vigilância**, p. 92.

⁹⁷⁰ RODOTÀ, **A vida na sociedade da vigilância**, p. 92 e 93.

⁹⁷¹ De acordo com a doutrina de José de Melo Alexandrino (**Direitos fundamentais: introdução geral**, 1ª ed. Caiscais: Princípia Editora, 2010, p. 24), os direitos fundamentais são estruturas mais ou menos complexas, as quais podem ou não ser decomponíveis em estruturas menores ainda complexas (direitos-quadro, *cluster rights*, direitos principais) que, por sua vez, abrangem outras estruturas progressivamente mais simples, até se chegar às situações jurídicas mais simples ou analíticas."

direitos específicos que lhe enformam⁹⁷². No entanto, como dito, mesmo que se delimite os elementos mínimos de proteção desse direito complexo, ainda é necessário ter em conta o âmbito de interseção do *cluster right* com todos aqueles direitos que a ele se ligam em razão de seu caráter instrumental bem como com os valores essenciais ao ordenamento jurídico que não seriam tutelados sem a garantia da privacidade - daí ser possível afirmar que a figura do direito fundamental à privacidade se mostra, além de complexa, multiforme.

Com efeito, como restou demonstrado, no atual estágio da sociedade, da tecnologia, das relações entre indivíduos e do sujeito consigo mesmo, não é possível se conceber a ideia de privacidade ou de intimidade apenas a partir de um viés negativo, que diga respeito apenas à exclusão da participação de estranhos na vida privada e familiar ou à discordância em fornecer informações sobre si mesmo a terceiros e nem a partir dos *torts* tão restritos de Prosser. Daí, ao que parece, a necessidade de se encarar a privacidade como um *cluster right*, concepção um tanto mais complexa e multifária, permitindo que, além das nuances citadas, também se entenda a privacidade sob uma perspectiva positiva, de criação de possibilidades, de controle da própria vida e dos próprios dados, de crescimento e desenvolvimento pessoal, forma de refúgio dos demais conflitos sociais (necessidades decorrentes da vida em sociedade) constituindo-se em um espaço destinado ao desenvolvimento da personalidade, das ideias, dos ideais, dos afetos, da autorrepresentação, enfim, das atividades que traduzam algum valor para o indivíduo. Noutras palavras, alfim, parece claro que atualmente a ideia de privacidade tem uma estreitíssima correlação com a dignidade da pessoa humana, com o livre desenvolvimento da personalidade e com a noção geral de liberdade - o que tem aspectos positivos, pois permite a análise do conceito para

⁹⁷² Por exemplo, é possível utilizar como parâmetro, a doutrina de Gomes Canotilho e Vital Moreira (**Constituição da República Portuguesa Anotada**, 4ª. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 196) - os autores asseveram que o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, na forma como previsto na Constituição Portuguesa (art. 26º, nº 1, parte final e nº 2) estaria composto principalmente por dois direitos menores: (i) o direito de impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (ii) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem. No entanto, circundando esses dois direitos menores, existem vários outros que funcionam como garantias daqueles, tais como: (i) o direito à inviolabilidade do domínio e da correspondência (art. 34º), (ii) a proibição de tratamento informático de dados referentes à vida privada (art. 35º, 3); (iii) o sigilo profissional e o dever de reserva de cartas confidenciais e demais papéis pessoais (art. 75º a 78º do Código Civil Português) - os autores relembram, ademais, que a Constituição incumbe a lei de garantir a efetiva proteção a este direito (nº 2), preocupação que pode ser explicada em razão dos sofisticados meios que a técnica moderna põe à disposição da devassa da vida privada e da colheita de dados sobre ela. E concluem que: "Não é fácil demarcar a linha divisória entre o campo da vida privada e familiar que goza de reserva de intimidade e o domínio mais ou menos aberto à publicidade. Alguma doutrina distingue entre *esfera pessoal íntima* (absolutamente protegida) e *esfera privada simples* (apenas relativamente protegida, podendo ter de ceder em conflito com outro interesse ou bem público); mas à face deste preceito da CRP parece que tal distinção não é relevante. O critério constitucional deve talvez arrancar dos conceitos de <<privacidade>> (nº 1, *in fine*) e <<dignidade humana>> (nº 2), de modo a definir-se um conceito de esfera privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea".

além de sua ideia originária restritiva, mas também aspectos negativos, já que, por outro lado, abrem-se possibilidades para um amplo leque de interpretações.

Tendo isso em mente, verifica-se que, em especial no texto constitucional brasileiro, existem diversas previsões intrinsecamente relacionadas à ideia do direito geral à privacidade, aproximação esta que se dá tanto em função do caráter autônomo quanto em razão da característica instrumental do referido direito fundamental. Com efeito, considerando-se especialmente os princípios fundamentais e os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988, é possível citar como elementos (inserções, aproximações ou interseções) do *cluster right* direito geral de privacidade, a título de exemplo: (i) a previsão da dignidade da pessoa humana, da cidadania e do pluralismo político como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, incisos II, III e V), uma vez que a reserva de um espaço - físico ou virtual - de liberdade para o indivíduo, no qual ele esteja afastado tanto da ingerência do Estado quanto de outros particulares, é essencial para o livre desenvolvimento de sua personalidade, de sua liberdade, constituindo, portanto, condição necessária à sua dignidade, e, nessa mesma linha, fundamental para o seu desenvolvimento pessoal como sujeito integrante e participante ativo da sociedade; (ii) a previsão, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil da construção de uma sociedade livre (art. 3º, inciso I), uma vez que, no seguimento do que foi dito no item anterior, a privacidade é imprescindível à liberdade individual (ou, melhor dito, a privacidade é uma espécie de liberdade); (iii) no mesmo sentido, a consagração da liberdade individual como um direito fundamental (art. 5º, caput); (iv) a salvaguarda da liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, inciso IV), que não seria tutelada efetivamente caso não fosse resguardado ao indivíduo um espaço protegido no qual seu pensamento possa se formar, se desenvolver, amadurecer, ou seja, um espaço propício para o surgimento do pensamento livre; (v) na mesma linha, a garantia da liberdade de consciência e de crença (art. 5º, inciso VI), pois caso não se reserve ao indivíduo um ambiente em que ele possa desenvolver tais direitos livre da ingerência do Estado e daqueles com quem não lhe convém compartilhar tais experiências, o exercício desses direitos não é verdadeiramente livre; (vi) ainda, na mesma esteira, a proteção da liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, inciso IX), pois sem a salvaguarda da privacidade, não se garante um espaço propício para o indivíduo permitir surgir e maturar essas atividades de forma livre (para que, posteriormente, possam também de forma livre, ser partilhadas com a sociedade); (vii), o direito à inviolabilidade da imagem (art. 5º, inciso X) que, muito embora seja objeto de tutela autônoma, tem ganhado destaque em razão das facilidades de acesso e captura de imagens proporcionada pelas novas tecnologias (o que

pode levar a um debate que se funde com o da tutela da privacidade)⁹⁷³, bem como em função de sua aproximação, também num contexto de privacidade *enriquecida*, com o livre desenvolvimento da personalidade e o direito de autorrepresentação do indivíduo para a sociedade; (viii) o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inciso XI) que salvaguarda o espaço físico de existência nua e desenvolvimento do ser humano, onde todas as demais liberdades podem florescer; (ix) o direito à inviolabilidade das comunicações - *sigilo de correspondência, de comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas* - (art. 5º, inciso XII), em mais uma forma de salvaguardar espaços físicos e virtuais de expressão da personalidade de forma livre; (x) o sigilo da fonte (art. 5º, inciso XIV), protegendo-se o âmbito de exposição pública do indivíduo e salvaguardando-se de forma reforçada o direito à informação de toda a sociedade; (xi) o remédio constitucional do *habeas data* (art. 5º, inciso LXXII) para garantir ao indivíduo o conhecimento (e eventual retificação) das informações sobre si que constam em registros e bancos de dados de entidades governamentais ou de carácter público, em uma perspectiva, portanto, ao menos inicial, de proteção de dados pessoais.⁹⁷⁴

⁹⁷³ Como destaca Maria Raquel Guimarães (A tutela da pessoa e da sua personalidade: algumas questões relativas aos direitos à imagem, à reserva da vida privada e à reserva da pessoa íntima ou direito ao carácter, **A tutela geral e especial da personalidade humana**, v. Jurisdição Civil, p. 25 a 35, 2018): "O problema da captação de imagens não autorizada pelo titular do direito estende-se hoje muito para além do debate em volta das câmaras de segurança, públicas ou privadas, colocadas nas ruas ou em locais de grandes concentrações de pessoas. Captações não autorizadas de imagens — ou realizadas ao abrigo de uma ficção de consentimento baseada em cláusulas contratuais gerais de contratos de utilização de programas de computadores deficientemente comunicadas — estão na ordem do dia com a proliferação das televisões "inteligentes", de drones de mapeamento ou com o desenvolvimento de aplicações para telemóveis e computadores que realizam e transmitem gravações vídeo e áudio sem que o utilizador se aperceba ou, ainda, que simplesmente acedem e se apropriam dos arquivos de imagens desses dispositivos. A instalação de programas ou aplicações aparentemente gratuitas de origem desconhecida envolve muitas vezes "contrapartidas" pouco claras, para além da óbvia — mas nem por isso seriamente ponderada pelos utilizadores — alienação de dados pessoais. Nestes casos de programas que controlam o funcionamento da câmara (e do microfone) sem que o utilizador se aperceba, o direito à imagem é violado frequentemente em conjunto com o direito à palavra, que protege os elementos orais que permitem a identificação da pessoa, bem como com o direito à reserva da vida privada e eventualmente à honra, na perspectiva do decoro, para além do direito ao carácter, sempre que a "vigilância" facultada pela captação das imagens permita, ou até tenha como propósito, avaliar o perfil psicológico do visado, para fins de marketing personalizado ou outros objectivos mais subterrâneos mas que ainda assim não podem ser menosprezados. A forma de agressão mais grave do direito à imagem é, porém, constituída pela divulgação não autorizada da imagem, resultante de captações lícitas ou ilícitas, divulgação essa que pode atingir uma dimensão extraordinária — e prolongada no tempo — quando realizada através da internet."

⁹⁷⁴ Vale ressaltar que, em sentido aproximado, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa vem adotando uma interpretação extensiva dos temas relacionados à privacidade previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, em especial no art. 8º - com efeito, conforme consta no guia prático editado pelo Conselho da Europa para nortear a atuação dos agentes públicos nos termos da Convenção Europeia tem se entendido, com fundamento na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que: (i) o conceito de vida privada abrange, além do direito à confidencialidade e do direito ao isolamento, também a identidade pessoal, a orientação e atividade sexuais, a identidade de gênero, a proteção de dados, o direito a não ter de suportar o barulho ou emissões tóxicas e o direito a não ser vítima de assédio; (ii) o conceito de vida familiar engloba, além da noção clássica de casal com filhos, também casais não casados em relação estável duradoura, casais de pessoas do

A partir da designação destes elementos mínimos formadores do *cluster right* do direito geral à privacidade é possível, inclusive, identificar-se as razões de tutela de diversas violações à privacidade indicadas na taxonomia de Solove - a título de exemplo: (i) a vigilância e o interrogatório que ultrapassem os limites permitidos pela privacidade dos indivíduos podem ofender diretamente a dignidade da pessoa humana, sua liberdade individual, sua liberdade de consciência, sua liberdade de manifestação intelectual e artística, seu direito à própria imagem, a proteção de seus dados pessoais e configurarem, se for o caso, prova ilícita em razão do desrespeito ao direito fundamental; (ii) as violações à privacidade constantes nos elementos da categoria de processamento de informações podem macular a dignidade da pessoa humana, da cidadania e o pluralismo político especialmente a partir da criação de "perfis" dos indivíduos, diminuindo o âmbito de liberdade na atuação dessas pessoas - muitas vezes sem que elas sequer se deem conta -, empobrecendo, como já exposto, as manifestações originais de cidadania e o pluralismo político, o que afeta, inclusive, o valor da democracia; da mesma forma, em razão de possibilidade de direcionamento da atuação individual a partir da identificação de perfis comuns, pode restar afetada a liberdade individual; (iv) as violações à privacidade constantes da categoria de disseminação de informações podem contrariar as regras que expressamente estabelecem sigilos (como a inviolabilidade do domicílio, o sigilo de correspondência, de comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas) bem como a proteção de dados pessoais e o direito à imagem do indivíduo; (iv) por fim, as violações à privacidade referentes aos elementos da categoria de intrusão podem lesar a autonomia e as liberdades individuais, criando sérios obstáculos ao livre desenvolvimento da personalidade e, com isso, afetando negativamente a dignidade da pessoa humana - quanto a este último ponto, calha ter em conta, entretanto, que, ainda que alguns aspectos da *decisional privacy* possam eventualmente vir a ser discutidos no âmbito de um direito geral à privacidade, no Brasil, de forma geral, eles são tratados a partir de direitos autônomos (como o aborto ou a contracepção, a partir do direito à vida) ou no âmbito de um direito geral de personalidade e por outro lado, como exposto, a proteção de dados pessoais tem sido pensada e construída de forma muito mais próxima ao direito geral de privacidade do que do reconhecimento de

mesmo sexo e transexuais; assim como os parentes próximos como os avós e netos, e os irmãos e irmãs - deve-se demonstrar apenas a existência de laços pessoais próximos; (iii) o conceito de domicílio abarca não apenas o local ocupado em permanência, mas também o de ocupação provisória, o domicílio profissional e mesmo o domicílio ocupado ilegalmente ou em alguma contravenção urbanística - o que se requer é a demonstração de um vínculo suficiente e constante com o local em que se habita; (iv) o conceito de correspondência inclui não apenas o correio, mas também conversas telefônicas, correio eletrônico e mensagens de texto (CONSELHO DA EUROPA, Guia prático destinado a informar os agentes públicos das obrigações do Estado ao abrigo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 2015, p. 28 e 29).

um direito fundamental autônomo à autodeterminação informativa. Por fim, destaca-se que, ao que parece, na verdade, o grande contributo da taxonomia de Solove é possibilitar identificar com maior clareza as situações capazes de gerar *architetural problems* causados pela violação à privacidade dos indivíduos, fazendo, via de regra, a balança de poder pender artificialmente para o lado do invasor ou do manipulador de dados.

Mas fato é que todos os valores e direitos elencados acima aparentemente, esbarram de alguma forma no direito geral à privacidade, seja em sua perspectiva negativa (de impedir a intromissão ou a divulgação de dados) seja em sua perspectiva positiva (mais próxima da liberdade e da garantia de desenvolvimento individual e do sujeito enquanto membro da sociedade). Isso não quer dizer, para já, que se está afirmando que é exatamente assim delineado o *cluster right* da privacidade, mas sim que **esses direitos e essas garantias mantêm com a privacidade algum tipo de ligação próxima - seja como pressuposto, como garantia precedente necessária ou, por exemplo, como fundamento -, que lhes aproximam ou mesmo lhes colocam em uma zona de interseção**. Noutras palavras, entende-se assim ser possível dar forma ao direito geral de privacidade sem descuidar da autonomia dos demais direitos que com ele interagem, convergem, inter-relacionam-se ou, de alguma forma, situem-se em uma zona de interseção entre ambas as tutelas jurídicas e sem se afastar da influência desses direitos (ou de alguns aspectos desses direitos) na sua configuração. É que o objetivo deste ponto do estudo é apresentar uma proposta de panorama mínimo possível do *cluster right* à luz do ordenamento jurídico brasileiro, sem pretensão de uma análise definitiva, até porque, inclusive, não se deve olvidar do caráter relativo da garantia fundamental, de forma que, para encontrar o âmbito de proteção definitivo e concreto do direito à privacidade, será necessário conciliá-lo com outros interesses, ponderando os direitos ou bens jurídicos eventualmente em conflito, processo que sofrerá necessariamente interferência das peculiaridades do caso concreto, inclusive porque, como é sabido, a tutela da privacidade pode variar a depender da natureza do caso e do próprio indivíduo envolvido.

No entanto, mesmo com essa proposta de panorama mínimo possível do *cluster right* de privacidade aqui apresentada, a verdade é muitas vezes o privado e o público se fundem no âmbito de um espaço social de convivência, havendo diversas hipóteses em que os contornos que delimitam cada marco são imprecisos, sendo difícil determinar onde termina a vida privada e começa a vida pública do indivíduo⁹⁷⁵. Sendo assim, diante de todo o exposto,

⁹⁷⁵ BARRANCO, Noberto J. de La Mata; UBIÑAS, Desirée Barinas, La protección penal de la vida privada en nuestro tiempo social: ¿necesidad de redefinir el objeto de tutela? Os autores destacam que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem interpretado o conceito de vida privada de modo amplo, afastando uma definição exaustiva, mas incluindo na concepção não apenas o "círculo íntimo" como também o direito ao desenvolvimento da vida pessoal e à autodeterminação, as relações com os semelhantes (estendendo a proteção ao entorno profissional e comercial), abarcando aspectos

entende-se que quando se falar de direito à privacidade - em especial no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro -, alguns pontos devem ser mantidos em perspectiva: (i) que não existe um conceito unívoco de privacidade, de intimidade ou de vida privada, considerando-se inclusive que a definição geral varia de acordo com a cultura, a época e os costumes da sociedade, além de levar em conta outros fatores sociais ou econômicos; (ii) que o discurso filosófico sobre o conceito de privacidade - e sua estreita vinculação com a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade e com a ideia geral de liberdade - deve ser considerado na análise (sob pena de se trabalhar com ideias preconcebidas mais restritas do que as necessárias para englobar a completude da concepção); (iii) que, portanto, o direito de privacidade, embora autônomo, é também instrumental à garantia de outros direitos; (iv) que o conceito de privacidade é amplo o suficiente para se questionar a existência de um único denominador comum que una todas as hipóteses abarcadas, de forma que o direito à privacidade engloba tanto a proteção contra intromissões alheias (aspecto negativo) quanto a garantia de livre desenvolvimento da personalidade e de autodeterminação pessoal (aspecto positivo), assim como nuances da proteção de dados pessoais (muito embora defenda-se pessoalmente, como dito, a autonomia do direito de autodeterminação informativa); (v) que o direito à privacidade é uma garantia relativa, pois deve se conciliar com outros interesses, de forma que a definição concreta da dimensão do que é ou não protegido dependerá a ponderação entre os interesses tutelados e sofrerá interferência das circunstâncias que envolvem o caso concreto⁹⁷⁶; (vi) que a sociedade moderna está cada vez mais familiarizada com (e dependente de) avanços tecnológicos - como celulares, notebooks, *aplicativos*, câmeras online, internet das coisas etc - os quais, ao tempo em que facilitam muito as mais diversas atividades diárias e conferem a elas uma maior medida de segurança também são bastante intrusivos na intimidade dos indivíduos e aptos a coletar as mais diversas informações pessoais - e, por consequência, permitir mais formas de cruzamento de dados que são capazes de gerar novas informações -, não sendo os meios tradicionais de proteção da privacidade do indivíduo suficientes para lidar com essas novas situações.

CAPÍTULO II. O DIREITO À PRIVACIDADE NO AMBIENTE LABORAL

1. O DIREITO À PRIVACIDADE NO AMBIENTE LABORAL PRIVADO

relacionados tanto à integridade física como à integridade moral. Muito embora ainda seja um conceito em evolução, já implica, em todo o caso, a tutela do que é em si a vida privada, a proteção do domicílio (incluindo direito à tranquilidade), das comunicações (telefônicas, por fax, por meio de mensagens eletrônicas e as relativas à navegação na internet) e os dados pessoais.

⁹⁷⁶ Especialmente porque, como é sabido, a tutela da privacidade pode variar a depender da natureza do caso e das peculiaridades que envolvem o próprio indivíduo - por exemplo, podem influenciar essa análise, como já exposto, a notoriedade do sujeito, sua exposição pública, sua atividade profissional, as funções que ele desempenha e mesmo como ele trata sua própria privacidade.

Mesmo diante da demonstrada complexidade em se delimitar o âmbito de proteção do direito à privacidade, parece possível, repise-se, indicar alguns elementos mínimos que compõem o *cluster right*, o que foi feito no tópico anterior. Pois bem, da análise destes elementos, aparentemente ainda é possível fazer algumas ilações - uma delas é que o direito à privacidade não se qualifica ou se distingue por meio do critério espacial⁹⁷⁷. Com efeito, nos termos do que foi analisado *supra*, diversos acontecimentos que ocorrem em lugares públicos são merecedores de tutela referente à privacidade. Da mesma forma, parece claro que não existem situações nem relações jurídicas que, *a priori*, sejam capazes de eliminar por completo o referido direito, que adquirirá diversas conformações de acordo com as circunstâncias concretas - o que, no entanto, não significa que dentre as conformações possíveis encontre-se a hipótese de ser completamente aniquilado.

Daí não haver dúvidas de que, mesmo dentro de um ambiente de trabalho, mesmo inserido em uma relação laboral, o indivíduo continua, *em certa medida*, a fazer jus à proteção do direito à privacidade em relação a determinados aspectos de sua vida. Mas reforça-se: a salvaguarda, nesse caso, se dá *em certa medida*, uma vez que tal proteção precisa se coadunar com a própria atividade laboral, com os interesses do empregador e com a finalidade econômica e social da empresa. O mesmo se dá no ambiente de trabalho público: afastando-se, como já foi feito, a possibilidade da existência de um princípio da supremacia do interesse público em abstrato que pudesse minorar, inclusive de forma lesiva aos titulares, o direito à privacidade dos servidores públicos, fato é que tal direito também não se mostra livre de qualquer conformação, uma vez que deve se ajustar, no mínimo, ao objeto da relação funcional e às finalidades administrativas, em especial à consecução do interesse público.

Muito embora, como sabido, o foco da análise aqui desenvolvida seja a conformação do direito à privacidade dos servidores no ambiente de trabalho público, entende-se que, considerando essa aparente aproximação com a situação dos empregados no ambiente laboral privado (aproximação que também já havia sido destacada antes, quando se analisou a posição do servidor na organização administrativa), e considerando, ademais, que o tema do direito à privacidade dos empregados privados tem sido muito mais amplamente debatido do que com relação aos servidores públicos e o ambiente laboral da Administração Pública, parece interessante promover, adentrando finalmente o objeto específico deste estudo, uma análise que considere as duas realidades, de forma comparada, buscando-se identificar o grau de aproximação e, principalmente, os motivos de distanciamento do tratamento do tema nas duas hipóteses. Por esta razão é que, neste ponto, será analisado o direito à privacidade

⁹⁷⁷ PINTO, Paulo Mota, A protecção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional.

dos empregados privados no ambiente laboral privado, para só então passar-se ao exame do direito à privacidade dos servidores públicos no ambiente laboral da Administração Pública.

1.1. A eficácia dos direitos fundamentais pressupostos na relação de trabalho

À partida, repisando um tema já discutido anteriormente, cabe deixar expressamente assentado como pressuposto da análise que ora se propõe que **os direitos fundamentais do indivíduo merecem tutela inclusive no âmbito da relação entre privados**. Portanto, nesse sentido, não pairam dúvidas quanto à eficácia do direito fundamental à privacidade do empregado no âmbito da relação laboral - o que se propõe examinar, pois, não é a existência, mas sim em que medida tal salvaguarda se dá.

De fato, é cediço que a simples pactuação, pelo indivíduo, de um contrato de trabalho não retira os direitos que a Constituição lhe reconhece como pessoa e como cidadão. Como já exposto, é necessário ter em mente que os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva (atuando como princípios básicos da ordem constitucional e como instrumentos de revelação do sistema de valores assumido pela Constituição), à qual se associa o fenómeno da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, que faz com que todo o ordenamento jurídico seja interpretado à luz desses direitos, que ganham eficácia para além das relações entre indivíduo e Estado, alcançando as relações entre privados, e, logo, a relação laboral.

A conflitualidade inerente ao contrato de trabalho - liberdades e direitos do trabalhador *versus* liberdade de empresa - é que, *a priori*, dará o tom dessa salvaguarda dos direitos fundamentais na relação laboral, uma vez que tanto os direitos e interesses do empregado quanto os do empregador (que são autônomos e, em alguns casos, até conflitantes) devem ser respeitados na máxima amplitude possível. Ou, noutras palavras, a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito da relação de trabalho resulta da concordância prática entre as duas realidades (que se limitam reciprocamente), de forma a se otimizar os direitos e os valores constitucionais envolvidos, considerando-se a mais ampla autonomia contratual e, ao mesmo tempo, a mais ampla liberdade do trabalhador⁹⁷⁸. Com efeito, é bom lembrar que, além da tutela constitucional dos direitos fundamentais, a Constituição brasileira também protege o "valor social do trabalho"⁹⁷⁹; entretanto, igualmente salvaguarda expressamente a liberdade

⁹⁷⁸ ABRANTES, José João, Contrato de trabalho e meios de vigilância da actividade do trabalhador: breves considerações, in: ASCENSÃO, José de Oliveira (Org.), Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003, p. 809 a 818.

⁹⁷⁹ Maurício Godinho Delgado (Direitos fundamentais na relação de trabalho, **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 2, p. 11–40, 2007) leciona que, na Constituição brasileira, o trabalho traduz-se em princípio, fundamento, valor e direito social. Nas palavras do autor: "A valorização do trabalho é um dos princípios cardeais da ordem constitucional brasileira democrática. Reconhece a Constituição a essencialidade da conduta laborativa como um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção

de empresa (livre iniciativa - art. 1º, IV e art. 170, *caput*), de forma que, de um lado, o exercício, pelo trabalhador, dos seus direitos não pode nem afetar a liberdade da empresa nem causar a inexecução do contrato e, de outro, a liberdade de empresa não pode subjugar os direitos do empregado.^{980 981}

Em síntese, importa deixar assentado que os direitos fundamentais dos trabalhadores enquanto pessoa e cidadão (direitos laborais inespecíficos) têm eficácia na relação laboral - no entanto, seu exercício, em razão das características da relação de trabalho, pode gerar uma certa modalização ou compressão para torná-los compatíveis com as exigências da própria relação de trabalho⁹⁸².

1.2. Os poderes do empregador

É cediço que, dentre os elementos jurídicos característicos do contrato de trabalho privado, destacam-se a subordinação do empregado e os poderes do empregador⁹⁸³. Com

familiar e social.(...) O emprego, regulado e protegido por normas jurídicas, desponta, desse modo, como o principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica capitalista, visando a propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e, até mesmo, ética. (...) Por tais razões, a correta leitura constitucional do princípio da valorização do trabalho conduz à noção de valorização do trabalho regulado, o qual, no capitalismo, confunde-se, basicamente, com emprego."

⁹⁸⁰ ABRANTES, José João, **Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho: em especial, a reserva da intimidade da vida privada (algumas questões)**, Coimbra: Almedina, 2014, *ebook*. Nas palavras do autor: "A generalidade das ordens jurídicas europeias reconhece a plena eficácia dos direitos fundamentais da pessoa humana no âmbito da relação de trabalho, apenas lhe sendo assinalados como limites "interesses legítimos", do empregador ou de terceiros, naquilo que aponta para um critério de concordância prática entre a liberdade civil do trabalhador e a autonomia contratual, através de um princípio de proporcionalidade, na sua tripla dimensão de necessidade (de salvaguardar a correcta execução do contrato), de adequação (entre o objectivo a alcançar com a limitação e o nível desta) e de proibição do excesso (devendo a restrição ser a menor possível, em função da finalidade a ser alcançada com a sua imposição)."

⁹⁸¹ Já em 2002, a Comissão Nacional de Protecção de Dados - CNPD portuguesa (Princípios sobre a privacidade no local de trabalho: o tratamento de dados em centrais telefónicas, o controlo do e-mail e do acesso à Internet, 2002) previa que: "Os direitos dos trabalhadores têm que ser confrontados com a "liberdade de empresa", também ela com tutela constitucional, e não comprimir, de forma desproporcionada, os poderes do empregador para não comprometer a execução ou a subsistência do contrato."

⁹⁸² MOREIRA, Teresa Coelho, **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador**, Coimbra: Almedina, 2010, p. 407.

⁹⁸³ Juliana Augusta Medeiros de Barros (**A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador**, Dissertação de mestrado, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009, p. 127 a 130) relembra que existem cinco grandes teorias que tentam explicar a natureza jurídica do poder empregatício, quais sejam: (i) teoria do direito potestativo, o qual possibilitaria ao titular influir nas relações jurídicas de forma própria e unilateral, sem impedimentos, e, por outro lado, geraria um dever de acatamento para a parte contrária ou para a comunidade em geral; (ii) direito subjetivo, prerrogativa conferida pela ordem jurídica que possibilitaria ao titular agir - em conformidade com a norma - para a satisfação de interesse próprio, e que geraria, de outro lado, uma obrigação para a parte contrária; (iii) teoria do caráter senhorial ou hierárquico, segundo a qual o poder empregatício seria um atributo natural do empregador na qualidade de organizador dos fatores de

efeito, empregado e empregador não estão no mesmo patamar jurídico na relação laboral⁹⁸⁴: têm direitos e deveres distintos, sendo que, ao empregador são atribuídos diversos poderes que o colocam em posição de superioridade em relação ao empregado, fazendo com que o trabalhador preste sua atividade em uma situação de subordinação^{985 986}, entendida esta como um fenômeno jurídico pelo qual o empregado acolhe o poder empregatício de direcionamento objetivo da prestação do trabalho (ficando, pois, limitado em sua autonomia da vontade)⁹⁸⁷. Dessa forma, a subordinação do empregado funciona no contrato de trabalho

produção; (iv) teoria do direito-função, que entende que o poder é atribuído ao titular para agir em tutela de interesse da comunidade dos trabalhadores contratados e não apenas em seu exclusivo interesse, ou seja, um poder para a tutela de interesses alheios (tanto que o titular do direito possui, além das prerrogativas que lhe são favoráveis, deveres que devem ser cumpridos), atuação que consistiria em uma manifestação da função social da propriedade e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego; e (v) teoria da relação jurídica contratual complexa, que preconiza que o poder intra-empresarial é uma relação jurídica complexa, qualificada pela plasticidade de sua configuração e pela intensidade variável do peso de seus sujeitos componentes, de forma que o poder empregatício não é exclusivo do empregador (e nem do empregado), mas sim uma relação de poder própria a uma realidade sócio-econômica e jurídica específica, a relação de emprego (a qual assume intensidade e sincronia distintas quanto à participação de sujeitos envolvidos e conteúdo distinto quanto aos direitos e obrigações resultantes da respectiva relação jurídica contratual de poder).

⁹⁸⁴ Por esta razão, relembra Juliana Augusta Medeiros de Barros (A eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade na relação de emprego, **Revista LTr - Legislação do Trabalho**, v. 73, n. 1, p. 97 a 103, 2009) é que a proteção jurídica aos trabalhadores é acrescida - quanto mais for o grau de desigualdade fática, mais intensa deverá ser a proteção dos hipossuficientes. Nesse mesmo sentido, José João Abrantes (**Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho: em especial, a reserva da intimidade da vida privada (algumas questões)**) assevera: "O facto de o trabalhador aparecer como a parte mais fraca e a possibilidade real de o empregador abusar dos poderes que o próprio quadro conflitual lhe confere justificaram desde cedo a intervenção do legislador no domínio dessas relações e esteve na génese do direito do trabalho enquanto segmento do ordenamento jurídico de fortíssima feição protecionista. Foi, na verdade, sob a égide da ideia de protecção do contraente débil que o juslaboralismo ganhou foros de cidadania em relação ao direito civil: assegurar um certo grau de protecção é um aspecto primordial de toda a sua evolução e que o conforma enquanto ramo autónomo da ordem jurídica."

⁹⁸⁵ MOREIRA, **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**, p. 347 e 348. A autora destaca que: "É característica inerente ao contrato de trabalho a prestação de uma actividade em regime de subordinação, podendo aludir-se a dois tipos: a subordinação técnico-funcional, caracterizada pela implicação da pessoa do trabalhador na relação de trabalho; e a subordinação socioeconômica, expressa na alienação ou exclusão do trabalhador da propriedade dos meios de produção e na gestão geral dos processos produtivos."

⁹⁸⁶ Na Consolidação das Leis do Trabalho brasileira, a ideia de subordinação do empregado na relação laboral pode ser extraída do art. 3º, que prevê: "considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário." Já no Código de Trabalho português, é possível inferi-la da previsão do art. 11º, segundo o qual o "contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas."

⁹⁸⁷ DELGADO, Mauricio Godinho, **Curso de direito do trabalho**, 11ª. São Paulo: LTr, 2012, p. 296. O autor complementa: "A subordinação jurídica é o polo reflexo e combinado do poder de direção empresarial, também de matriz jurídica. Ambos resultam da natureza da relação de emprego, da qualidade que lhe é ínsita e distintiva perante as demais formas de utilização do trabalho humano que já foram hegemônicas em períodos anteriores da história da humanidade: a escravidão e a servidão." Em outra oportunidade (DELGADO, **Direitos fundamentais na relação de trabalho**), o autor realça que, para melhor se adaptar às características contemporâneas do mercado de trabalho, melhor seria readequar a concepção de subordinação à ideia de subordinação estrutural, a qual atenuaria o enfoque sobre o comando empresarial direto, acentuando, como ponto de destaque a inserção estrutural do trabalhador na dinâmica do empregador. Nesse sentido, aduz: "Estrutural é, pois, a subordinação que

como faceta oposta aos poderes do empregador, os quais incidem sobre o empregado de forma objetiva, não sendo exercidos diretamente sobre a pessoa, mas sim sobre a forma como o indivíduo desenvolve sua atividade.

De fato, os poderes do empregador são aqueles que lhe são conferidos para que, na qualidade de titular da organização produtiva (que, em regra, é uma organização hierárquica), tenha condições de conformá-la. O fundamento do poder empregatício é o contrato de trabalho (ou seja, a liberdade e a vontade das partes), que, ao mesmo tempo que faz surgir esse conjunto de prerrogativas para o empregador, cria para o empregado a obrigação de se subordinar aos comandos do empregador.⁹⁸⁸ No entanto, por óbvio, tal liberdade de contratar não é ilimitada, pois ao contrato de trabalho aplicam-se normas de ordem pública, que limitam a vontade das partes na pactuação tanto do conteúdo do contrato quanto da forma de prestar a atividade, atenuando os efeitos do desequilíbrio econômico entre as partes. Nesse sentido, na ordem jurídica brasileira, o poder empregatício encontra amparo constitucional nos

se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. A ideia de subordinação estrutural supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado, dificuldades que se exacerbaram em face, especialmente, do fenômeno contemporâneo da terceirização trabalhista. Nessa medida, ela viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores – em especial, a terceirização."

⁹⁸⁸ Juliana Barros (**A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho**, p. 103 a 107) destaca que, na realidade, existem quatro grandes correntes que pretendem fundamentar o poder empregatício muito embora as outras três (fora a contratualista) já tenham sido praticamente abandonadas pela doutrina: (i) a corrente da propriedade privada, mais antiga delas, que defende que o fundamento do poder empregatício está no fato de o empregador ser o proprietário da empresa, dos meios de produção e dos bens produzidos pelos empregados (críticas: não há diferenciação das relações de emprego e das relações servir e escravagista quanto ao poder empregatício, nem sempre a titularidade do empreendimento coincide com o direito de propriedade, de forma que restaria inviabilizado o exercício de poder empregatício por quem não detivesse os meios de produção); (ii) a corrente institucionalista, segundo a qual o poder empregatício encontra fundamento na organização interna, na própria natureza da empresa, enquanto um agrupamento social e pressupõe uma organização hierárquica (críticas: teoria apenas justifica a situação de poder assimétrica, nega o caráter dialético do poder, reduzindo-o a um instrumento de direção, não é capaz de justificar a liberdade das partes da relação de emprego); (iii) corrente publicista, segundo a qual o fundamento jurídico da relação de emprego estaria na delegação do poder público ao empregador - considerando que o Estado seria o único detentor do monopólio do poder disciplinar, apenas ele teria a prerrogativa de delegar para os particulares o exercício desse poder (críticas: corrente que também não contempla a liberdade e a dialética do poder). Sandra Lia Simón (**A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**, São Paulo: Editora LTr, 2000, p. 110), no entanto, entende que "cada uma das teorias estudadas justificam o poder diretivo sobre aspectos diferentes: a contratualista indica a procedência do poder (contrato); a institucionalista identifica um dos motivos justificadores do poder (necessidade); e a da propriedade revela o exercente do poder (detentor dos meios de produção)." Mas, adiante, a autora adverte que "no direito do trabalho, não importa identificar exatamente quem é o "dono" do empreendimento, pois (...) prevalece o princípio da despersonalização do empregador. Por tal motivo, a relação verdadeira e real estabelece-se entre os trabalhadores e a empresa, que, no desenvolvimento da relação laboral, faz-se representar através de vários "prepostos"." Por fim, Eugênio Hainzenreder Júnior (**Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho**, São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 71) afirma que os poderes do empregador na relação de emprego constituem consequência da assunção dos riscos da atividade econômica.

princípios do valor social do trabalho e da livre iniciativa (corolário da autonomia da vontade), nos termos do art. 1º, IV⁹⁸⁹ e no art. 170 *caput*⁹⁹⁰, e também no direito fundamental à propriedade (art. 5º, XXII⁹⁹¹); por outro lado, é limitado, no mínimo, pela dignidade da pessoa humana (art. 1º, III⁹⁹²) e pelos direitos fundamentais do empregado (art. 5º a 11º). Infraconstitucionalmente, pode ser inferido - indiretamente - a partir da regra prevista no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pela qual "considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e *dirige a prestação pessoal de serviço*."^{993 994}

O poder empregatício pode ser dividido nas seguintes dimensões: diretiva, regulamentar, fiscalizatória ou de controle e disciplinar⁹⁹⁵ (cujo conteúdo tem certa aproximação com os poderes de direção e de controle do superior hierárquico no âmbito da atividade administrativa, examinados anteriormente). Para a análise que ora se propõe, interessam especialmente o poder diretivo e o poder de controle, tendo em vista que, por suas características, têm potencial de mais facilmente entrar em confronto com o direito à privacidade do trabalhador.

⁹⁸⁹ *Verbis*: "Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;"

⁹⁹⁰ *Verbis*: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)"

⁹⁹¹ *Verbis*: Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade".

⁹⁹² *Verbis*: "Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;"

⁹⁹³ Em sentido aproximado, o Código de Trabalho português prevê, em seu art. 11, do qual é possível se inferir a posição de domínio do empregador: "Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.

⁹⁹⁴ Eugênio Hainzenreder Júnior (**Direito à privacidade e poder diretivo do empregador**, p. 57 e 58) destaca que a utilização do termo "empresa" para se referir ao empregador teve o manifesto propósito de aclarar que, pelo contrato de trabalho, o empregado se vincula ao conjunto orgânico e empresarial e não à pessoa (física ou jurídica) - a lei trabalhista brasileira adotou, assim, o princípio da despersonalização do empregador, segundo o qual o contrato de trabalho se prende diretamente à empresa, independentemente de seu titular. Assegura-se com isso, por outro lado, uma ampla garantia dos direitos do empregado, que fica vinculado ao complexo "empresa" (que envolve bens, relações, direitos e obrigações), uma vez que os direitos e obrigações do contrato de trabalho nascem em razão da empresa mais do que com a pessoa do empregador.

⁹⁹⁵ DELGADO, **Curso de direito do trabalho**, p. 657 e 659. Vale ressaltar, entretanto, que existe entendimento na doutrina de que os demais poderes do empregador derivam do poder direito - nesse sentido, veja-se, a título de exemplo: BARROS, **A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho**, p. 132 a 136; SIMÓN, **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**, p. 106 a 108; HAINZENREDER JÚNIOR, **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador**, p. 66.

O poder diretivo permite ao empregador, enquanto responsável pela organização da produção, fixar, com liberdade e em caráter imperativo, o conteúdo da prestação devida pelo empregado - ao celebrar o contrato de trabalho, o empregado aceita a autoridade e a direção do empregador (subordinação e, por consequência, dever de obediência), recebendo como contrapartida um salário⁹⁹⁶. Como a relação laboral, via de regra, prolonga-se no tempo, o poder diretivo permite ao empregador regular as obrigações a serem cumpridas pelo empregado de acordo com as necessidades da empresa; de fato, a relação laboral se caracteriza, em geral, pela indeterminação do conteúdo da prestação, uma vez que o empregado se obriga a cumprir uma obrigação genérica, posteriormente definida por meio do poder diretivo, considerando os limites decorrentes do contrato de trabalho e do próprio ordenamento jurídico.⁹⁹⁷

O poder de controle, por sua vez, pode ser visto como um corolário do poder diretivo (e, por consequência, também interligado ao dever de obediência do empregado), uma vez que não haveria sentido em se permitir ao empregador conformar a atividade prestada pelo empregado por meio do poder diretivo e não lhe conferir instrumentos para verificar se tais ordens estão sendo observadas a contento e para controlar o cumprimento, pelos empregados, de suas obrigações. Por essa razão - espécie de consequência lógica que liga os dois poderes - é que o poder de controle, tradicionalmente, vem sendo encarado como uma manifestação do poder diretivo. É como se se reconhecesse um tipo de direito à informação do empregador, referente à forma como o empregado vem desempenhando suas atividades (um direito, portanto, decorrente do poder diretivo e do dever de obediência). Teresa Moreira, entretanto, defende - acertadamente - que, considerando que as novas tecnologias ampliaram substancialmente o alcance e a efetividade do controle do empregador, o poder de controle se transformou em um fenômeno de dimensões complexas,

⁹⁹⁶ Vale ressaltar que a legislação brasileira não aborda especificamente o poder diretivo do empregador (há apenas uma menção no já citado art. 2º da CLT de que o empregador é aquele que "dirige a prestação pessoal de serviço"), diferentemente do que no Código de Trabalho Português (Lei nº 07/2009), que prevê, em seu art. 97º que "compete ao empregador estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem", deixando claro, inclusive, que tal poder tem campo de incidência delimitado.

⁹⁹⁷ MOREIRA, **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**, p. 355 a 366. A autora destaca, ainda (p. 360), que, para ser legítima, a ordem terá que "emanar da autoridade competente, deverá ter em atenção as atribuições do trabalhador, sendo compatível com as cláusulas do contrato ou com a natureza do trabalho a prestar, e não ser ilícita, imoral ou vexatória, atentando contra a sua dignidade". Juliana Barros (**A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho**, p. 137) relembra ainda que funcionam como limites do poder diretivo do empregador: os direitos do empregado previstos na Constituição, na legislação trabalhista e previdenciária, nas normas coletivas, no regulamento das empresas e no contrato individual, bem como a necessária observância dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade e dos direitos fundamentais individuais do trabalhador.

devendo, portanto, ser enxergado como uma categoria autônoma dentre os poderes empregatícios.⁹⁹⁸

A sujeição às ordens, diretrizes, instruções e ao controle do empregador não lesa a dignidade do empregado, uma vez que, como exposto, tal subordinação é jurídica (técnica e funcional)⁹⁹⁹ e não uma sujeição pessoal¹⁰⁰⁰ - no entanto, algumas formas de controle podem afetar esta dignidade, representando uma ameaça real aos direitos fundamentais do trabalhador. No contexto brasileiro, de fato, há que se destacar, na esteira da doutrina de Maurício Godinho Delgado, que, muito embora não exista no ordenamento jurídico regras claras e específicas acerca dos *limites* do poder de controle do empregador, é possível se extrair das regras e dos princípios gerais alguns indicativos de que a ordem constitucional claramente não acolhe uma atividade de controle da prestação de serviços que agride a liberdade e a dignidade do trabalhador.¹⁰⁰¹ Noutras palavras, o poder de controle do empregador tem limites, os quais são necessários para que tal poder possa ser compatibilizado com os direitos do trabalhador; por corolário, da mesma forma, o âmbito de proteção definitivo dos direitos do trabalhador deverá ter em conta os legítimos interesses e direitos do empregador e a "liberdade de empresa"¹⁰⁰².

Delimitada brevemente a conflitualidade específica existente, no âmbito da relação laboral, entre o poder de controle do empregador e os direitos fundamentais do empregado,

⁹⁹⁸ MOREIRA, **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**, p. 377 a 392. Vale ressaltar, no entanto, que tal entendimento não é unânime. Por exemplo, na doutrina brasileira, Maurício Godinho Delgado (**Curso de direito do trabalho**, p. 662 e 663) opina que a referida autonomia do poder de controle tem um certo mérito didático, por permitir reunir para estudo um grupo semelhante de medidas de acompanhamento empresarial interno. No entanto, o autor opina que "não há como deixar de se perceber nesse poder fiscalizatório também nada mais do que simples manifestação do poder diretivo, em geral realizada como pressuposto do poder disciplinar."

⁹⁹⁹ MOREIRA, **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**, p. 399.

¹⁰⁰⁰ BARROS, **A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho**, p. 137.

¹⁰⁰¹ DELGADO, **Curso de direito do trabalho**, p. 663 e 664. O autor cita como exemplos: (i) a previsão contida no preâmbulo da Constituição de 1988, que afirma que se pretendeu instituir um "Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social"; (ii) a indicação da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República federativa do Brasil (art. 1º, III); (iii) o estabelecimento, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária bem como da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; (iii) a proteção, como direitos fundamentais, do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade (art. 5º, caput), da intimidade, da vida privada, da honra e da dignidade das pessoas (art. 5º, X), da vedação de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III) bem como do devido processo legal (art. 5º, LIV).

¹⁰⁰² Nesse sentido, a Comissão Nacional De Protecção De Dados - CNPD (Princípios sobre a privacidade no local de trabalho: o tratamento de dados em centrais telefónicas, o controlo do e-mail e do acesso à Internet, 2002) assevera que "os direitos dos trabalhadores têm que ser confrontados com a "liberdade de empresa", também ela com tutela constitucional, e não comprimir, de forma desproporcionada, os poderes do empregador para não comprometer a execução ou a subsistência do contrato."

passa-se a analisar o direito à privacidade do trabalhador privado e sua conformação no âmbito da relação laboral.

1.3. O direito à privacidade do empregado

Para análise do tema, vale recordar brevemente alguns pontos referentes à complexidade do direito à privacidade, examinados *supra*: (i) não há um conceito unívoco sobre privacidade, o que dificulta a delimitação do âmbito de proteção efetivo do direito fundamental; (ii) a concepção de privacidade atual é ampla o suficiente para abarcar tanto a proteção contra intromissões alheias (aspecto negativo) quanto a garantia de livre desenvolvimento da personalidade e de autodeterminação pessoal (aspecto positivo), assim como nuances da proteção de dados pessoais, não havendo, pois, um único denominador que una todas as hipóteses; daí que o direito à privacidade, embora autônomo, tenha também caráter instrumental à garantia de outros direitos; e (iii) sendo assim, deve-se considerar o direito à privacidade como um *cluster right*, que engloba outros direitos referentes ao aspecto negativo, ao aspecto positivo e à proteção de dados pessoais¹⁰⁰³, direitos esses que, de alguma forma, ou se inserem ou se aproximam ou, ainda - considerando o caráter instrumental -, ocupam um espaço de interseção no âmbito de proteção do direito à privacidade.

Além disso, como já assentado, o direito à privacidade - na qualidade de direito fundamental garantido a todas as pessoas - tem eficácia e deve ser respeitado no campo da relação laboral, não sendo subtraído do empregado pelo simples fato de estar inserido em uma relação subordinada de trabalho (uma vez que, repise-se, na empresa, o trabalhador não deixa de ser um cidadão como qualquer outro, não renunciando à sua liberdade quando celebra um contrato de trabalho¹⁰⁰⁴). Cabe reafirmar, entretanto, que, no campo normativo

¹⁰⁰³ Lembrando-se, ademais, que apresentou-se *supra* uma proposta, considerando o âmbito normativo brasileiro, de indicação - inicial e exemplificativa, considerando o caráter autônomo e o caráter instrumental da proteção à privacidade - dos elementos mínimos (inserções, aproximações ou interseções) formadores deste *cluster right*, quais sejam: (i) a previsão da dignidade da pessoa humana, da cidadania e do pluralismo político como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, incisos II, III e V); (ii) a previsão, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil da construção de uma sociedade livre (art. 3º, inciso I); (iii) a consagração da liberdade individual como um direito fundamental (art. 5º, caput); (iv) a salvaguarda da liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, inciso IV); (v) a garantia da liberdade de consciência e de crença (art. 5º, inciso VI); (vi) a proteção da liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, inciso IX); (vii), o direito à inviolabilidade da imagem (art. 5º, inciso X); (viii) o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inciso XI); (ix) o direito à inviolabilidade das comunicações - sigilo de correspondência, de comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas - (art. 5º, inciso XII); (x) o sigilo da fonte (art. 5º, inciso XIV); (xi) a proibição de provas ilícitas (art. 5º, inciso LVI); (xii) o remédio constitucional do habeas data (art. 5º, inciso LXXII).

¹⁰⁰⁴ ABRANTES, José João, Contrato de trabalho e meios de vigilância da actividade do trabalhador: breves considerações, *in*: ASCENSÃO, José de Oliveira (Org.), **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura**, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003, p. 809 a 818. O

brasileiro, a eficácia do direito à privacidade no âmbito da relação de trabalho deriva especialmente do reconhecimento dos efeitos irradiantes dos direitos fundamentais, analisados logo no início deste estudo. Com efeito, diferente do que ocorre, por exemplo, no ordenamento jurídico português (cujo Código de Trabalho traz previsão expressa, no art. 16º¹⁰⁰⁵, de proteção da reserva da intimidade da vida privada no contrato de trabalho, tratando ainda da proteção de dados pessoais, do tratamento de dados biométricos, de informações de saúde e questões médicas, dos meios de vigilância a distância e da confidencialidade de mensagens e de acesso à informação, respectivamente nos art. 17º a 22º), na Consolidação das Leis do Trabalho brasileira, o tema da privacidade do empregado aparece muito timidamente, *en passant*, na proibição de realização de revista íntima (art. 373-A, VI).

A par dessa falta de normatização infraconstitucional, é de se reconhecer que, na prática, a questão da privacidade é particularmente sensível na esfera da relação laboral, em razão tanto do poder de controle do empregador quanto do já citado desequilíbrio nas posições de poder no contrato de trabalho, que faz com que o empregado tenha menor capacidade de resistência às pretensões de controle do empregador.¹⁰⁰⁶ Por outro lado, repise-se, o poder de controle do empregador tem limites que possibilitam a sua concordância prática com os direitos dos trabalhadores, de forma a buscar um justo equilíbrio de forças que legitimamente sustente a relação laboral. Assim, a partir dos limites do poder de controle do empregador é possível começar a se traçar a conformação do direito à privacidade do empregado.

À partida, é possível se afirmar - como primeiro limite identificável do poder de controle - que a obediência à regra da proporcionalidade é essencial à regularidade de qualquer medida de controle que o empregador pretenda impor aos trabalhadores no âmbito da relação de trabalho, de forma a possibilitar que seja estabelecido um equilíbrio entre os interesses e direitos em conflito.¹⁰⁰⁷ Dessa forma, as medidas de controle a serem adotadas devem ser

autor ainda acrescenta: "A função social que hoje há-de ser exigida ao Direito do Trabalho não poderá deixar de ser reconduzida à introdução de limites aos poderes patronais, tendo em vista a garantia da chamada "cidadania na empresa". A sua preocupação essencial deve ser a tutela dos direitos de cidadania no âmbito da relação de trabalho, garantindo, por exemplo, os direitos do trabalhador à não sujeição a formas de controlo de actividade contrárias à sua dignidade, à intimidade da vida privada, à não discriminação, à liberdade ideológica e de expressão, etc."

¹⁰⁰⁵ *Verbis*: "Artigo 16.º - Reserva da intimidade da vida privada

1 - O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada.

2 - O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas.

¹⁰⁰⁶ BONETE, Aurelio Desdentado; RUIZ, Ana Belén Muñoz, **Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo**, Valladolid: Lex Nova, 2012, p. 89.

¹⁰⁰⁷ MOREIRA, **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**, p. 382 a 384. Nas palavras da autora: "limitações ao direito à privacidade dos trabalhadores só se justificam na medida em que se trate de dar respostas proporcionais a um fim legítimo pretendido pelo empregador."

indispensáveis para salvaguarda do interesse do empregador que se pretende proteger e, ainda, devem ser utilizadas as formas que, atendendo aos interesses do empregador, sejam menos restritivas aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Além disso, o poder de controle do empregador circunscreve-se ao âmbito contratual, o que também funciona como um limite desse poder - com efeito, apenas excepcionalmente se admite uma certa dimensão extracontratual do controle "defensivo". Na realidade, o poder de controle do empregador só pode alcançar a conduta extra-laboral do empregado quando tal comportamento possa repercutir negativamente sobre o cumprimento correto da prestação laboral ou prejudicar os interesses legítimos da empresa, comprometendo o seu bom funcionamento, afetando negativamente seu prestígio ou lhe causando perturbações (e mesmo nessas hipóteses, o controle só pode ser aplicado sobre a repercussão e não sobre o comportamento em si mesmo)¹⁰⁰⁸.

Ademais, muito embora o empregador possa, regra geral, estabelecer as medidas e a forma de controle que entenda mais eficientes e convenientes, sua liberdade também fica condicionada: (i) pela finalidade do controle, que é, como dito, verificar o bom funcionamento da estrutura organizacional e o correto cumprimento, pelo empregado, das suas obrigações; (ii) pelo método e pelos modos a serem utilizados nessa atividade, os quais deverão ser adequados à finalidade do controle (em uma clara remissão à já citada ideia de proporcionalidade) e à proteção do núcleo essencial mínimo do direito atingido¹⁰⁰⁹; (iii) e pelas exigências de transparência e de boa-fé, que impõem o conhecimento prévio, pelos trabalhadores, da atividade de controle e o dever do empregador de informar aos empregados sobre os métodos de controle adotados (existência, natureza, tipo de controle e uso da informação), afastando a possibilidade de controle oculto¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 410 e 411. Nas palavras da autora: "Na medida em que a vida privada do trabalhador não afecte o correcto cumprimento da prestação de trabalho ela terá de ser indiferente para o Direito do trabalho. Mesmo quando o trabalhador tenha uma vida privada desregrada, cometendo excessos com reflexo prejudicial na relação de trabalho, ou causando uma perturbação no seio da empresa, ou afectando de forma irremediável a confiança necessária para a subsistência da relação de trabalho, o que poderá e deverá ser apreciado e eventualmente sancionado é este reflexo produzido, esta perturbação característica e não a vida privada em si." No mesmo sentido, HAINZENREDER JÚNIOR, **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador**, p. 89: "(...) a subordinação jurídica oriunda da relação laboral não autoriza o empregador a extrapolar as prerrogativas de controle, fiscalização e direção adentrando na esfera pessoal do empregado. O exercício do poder diretivo está relacionado tão somente ao bom desenvolvimento e à segurança da atividade empresarial. Por essa razão, pode-se afirmar que o direito empresarial será limitado pelo próprio princípio da dignidade da pessoa humana, pelos direitos da personalidade do empregado, ainda que no ambiente de trabalho, pois estes são indissociáveis da pessoa do trabalhador."

¹⁰⁰⁹ ABRANTES, José João, **Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho: em especial a reserva da intimidade da vida privada: algumas questões**. Aduz o autor que os direitos fundamentais dos trabalhadores só podem ser restringidos se e na medida em que colidir com interesses relevantes do empregador, ligados ao bom funcionamento da empresa e ao correto desenvolvimento das prestações contratuais.

¹⁰¹⁰ Cite-se que no Código de Trabalho português, inclusive, há a previsão do dever de informação do empregador, no sentido de que deve informar o trabalhador sobre aspectos relevantes do contrato de

José João Abrantes chega a afirmar que, no âmbito da relação laboral, deve vigorar uma espécie de "presunção de liberdade", no sentido de qualquer qualquer limitação que for imposta à liberdade civil do trabalhador - o que se aplica, portanto, ao seu direito de privacidade - deve ter uma natureza excepcional, garantindo-se a maior amplitude possível à liberdade do indivíduo, até onde não perturbe as próprias exigências da finalidade concreta da empresa.¹⁰¹¹ Noutras palavras, é de se reconhecer que o trabalhador tem o direito de manter uma justa expectativa quanto a haver um certo grau de respeito pela sua vida privada no local de trabalho, pois é nesse local que se desenvolve parte importante das suas relações com outras pessoas; por outro lado, repise-se, esse direito deve ser equilibrado com outros direitos e interesses legítimos do empregado (como o seu direito de gerir a sua empresa de forma eficaz e, sobretudo, o seu direito de se proteger da responsabilidade ou do prejuízo que as ações dos trabalhadores podem causar).¹⁰¹²

Dessa forma, a grande questão a ser discutida não é a da legitimidade do controle, mas sim a dos seus limites - questão que se torna ainda mais complexa considerando o advento das novas tecnologias de informação e comunicação. É que, ao mesmo tempo em que as novas tecnologias são essenciais para modernizar a organização e a gestão, aumentar a produtividade e a competitividade dos agentes económicos, também, via de regra, possibilitam um maior controle das atividades dos empregados (sua produtividade, sua eficiência, sua competência e mesmo se estão cumprindo as ordens e instruções do empregador)¹⁰¹³, impactando de forma decisiva a relação laboral e até mesmo propiciando uma "expansão indevida" da subordinação jurídica¹⁰¹⁴, por tornarem menos nítidos os limites entre a vida laboral e a vida extralaboral do empregado¹⁰¹⁵.

De fato, as novas tecnologias - especialmente relacionadas à internet, rastreamento, armazenamento e tratamento de dados, informações em rede - propiciam meios mais

trabalho, e o dever de informação do empregado, que deve informar o empregador sobre aspectos relevantes para a prestação da atividade laboral (art. 106º).

¹⁰¹¹ ABRANTES, Contrato de trabalho e meios de vigilância da actividade do trabalhador: breves considerações.

¹⁰¹² ABRANTES, **Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho: em especial, a reserva da intimidade da vida privada (algumas questões)**.

¹⁰¹³ COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS - CNPD, Princípios sobre a privacidade no local de trabalho: o tratamento de dados em centrais telefónicas, o controlo do e-mail e do acesso à Internet.

¹⁰¹⁴ WEINSCHENKER, Marina Santoro Franco, **A vida laboral e extralaboral do empregado: a privacidade no contexto das novas tecnologias e dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2013, p. 52.

¹⁰¹⁵ Teresa Moreira (**A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**, p. 424) assevera que é cada vez mais visível que há uma menor separação entre as fronteiras da vida pessoal e da profissional uma vez que, com as novas tecnologias, os trabalhadores passam a poder usufruir de tempo pessoal, inclusive de carácter muito privado, durante o trabalho e, ao mesmo tempo, passam a poder facilmente levar trabalho para casa, continuando a exercer ali suas funções, sem qualquer limite temporal.

sofisticados e mais eficientes do controle das atividades dos empregados, mas, ao mesmo tempo, possuem um potencial lesivo substancialmente maior da privacidade dos empregados, pois permitem, por exemplo, que o empregador consiga acessar a forma de pensar e de reagir do empregado, seus interesses pessoais, suas convicções políticas e religiosas por meio da análise dos registros dos seus passos no mundo virtual (já que essa caminhada inevitavelmente sempre deixa rastros). Esse tratamento de dados, como já adiantado quando se analisou a vertente informativa da privacidade, permite a criação de perfis dos empregados, o que pode possibilitar desde decisões automatizadas para determinadas "categorias" (as quais, como já exposto, nunca consideram a integralidade da situação concreta) a situações de efetiva discriminação. E, como se não bastasse, ainda há que se ter em conta o caráter ambivalente dessas novas tecnologias, uma vez que são empregadas, ao mesmo tempo, como instrumento para desempenhar a atividade produtiva e como mecanismo de controle da atividade do trabalhador¹⁰¹⁶ (de forma que o empregado acaba ainda atuando ativamente na produção de dados para a atividade de controle). Noutras palavras, o controle passou, com as novas tecnologias, de uma vertente física restrita para uma vertente virtual com um nível qualitativo e quantitativo antes inimaginável - de fato, o controle passa a ser desverticalizado, objetivo, incorporado na máquina e no sistema com os quais interage, tornando-se um controle à distância, em tempo real e com uma enorme capacidade de armazenamento e tratamento de dados. E, como ressalta Teresa Moreira, essa nova faceta do controle gera, como consequência uma descentralização da subordinação e uma dificuldade de se identificar a estrutura de controle, seu objeto e sua finalidade, já que aparentemente todas essas vertentes estão integradas, em uma mesma função e em um mesmo momento temporal, com a própria atividade laboral do trabalhador.¹⁰¹⁷

2. O DIREITO À PRIVACIDADE NO AMBIENTE LABORAL PÚBLICO

Como exposto, há alguma semelhança no tratamento do tema do direito à privacidade no ambiente laboral privado e no público. No entanto, entende-se que, embora exista essa aproximação, é necessário reconhecer que o tratamento não é - *nem pode ser* - idêntico.

¹⁰¹⁶ Por exemplo, enquanto o computador é utilizado para fins produtivos pelo trabalhador, também proporciona ao empregador uma enorme quantidade de dados dos empregados.

¹⁰¹⁷ MOREIRA, **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**, p. 421 a 426. Adiante (p. 427 e 428), a autora ainda complementa que "Esta nova forma de controlo origina uma alteração da estrutura do poder de controlo, incidindo esta fundamentalmente na possibilidade de recolher dados, que podem ser tratados e reelaborados para fins distintos. Assim, o controlo não se baseia somente na eventual possibilidade de recolher informação sobre o trabalhador, mas também na virtualidade de tal informação ser devidamente tratada até obter resultados adequados ao fim do controlo. "

À partida, vale relembrar que a própria organização administrativa tem características que a distinguem das organizações mercantil e laboral: a organização administrativa se qualifica pelo *cuidado com os interesses dos outros* (interesses gerais da comunidade), ou, noutras palavras, a organização administrativa deve estar funcionalizada para o atendimento do interesse público. É, pois, essa finalidade de tutela do interesse público que essencialmente dá forma à organização administrativa - daí que, como corolário, os pesos conferidos aos elementos de poder do Estado-empregador e do servidor público (designadamente, controle *versus* direitos fundamentais) são diferentes dos aplicados nas relações mercantis e laborais. No entanto, da mesma forma, também precisam se harmonizar de maneira que um não inviabilize completamente o outro.

Ademais, é necessário ter em mente, como já amplamente exposto, que ao Estado incumbe o dever de boa administração, de forma que tem bastante relevo a informação sobre como a atividade pública vem sendo desenvolvida, ou seja, se a atuação dos servidores públicos se dá com observância tanto das diretrizes de gestão quanto, especialmente, dos deveres funcionais, dos deveres éticos e dos valores de integridade - isso porque, como a atuação do servidor, nesse caso, é a atuação do Estado, não basta a ciência do resultado dessa atuação, sendo essencial que venham à tona as informações sobre a forma como ela se dá, já que o Estado tem o dever não apenas de atuar, mas *de atuar de certa maneira*.

Diante de tudo isso é que se entende que para descortinar os parâmetros mínimos indicativos do âmbito de garantia do direito à privacidade do servidor público em seu ambiente laboral, deve-se considerar **a conflitualidade existente entre o controle estatal - mais especificamente entre o controle interno estatal e, mais ainda, entre o controle de conduta - e os direitos e liberdades dos servidores públicos**, uma vez que, como dito, o controle estatal e os direitos dos servidores, muitas vezes conflitantes, devem ser harmonizados de forma a serem respeitados na máxima amplitude possível.

Com efeito, repise-se, o controle de conduta, na forma proposta neste estudo, enquadra-se como uma espécie de controle interno em sentido estrito (espécie de controle aplicável à atuação do ente administrativo em relação a seus próprios atos e suas próprias atividades), que tem por objeto a atuação do servidor público sob os prismas de **integridade, disciplinar e ético**, tratando-se, pois, de uma espécie de "controle sobre a atividade", cujo objeto não são os atos singulares e de conteúdo formal, mas sim as condutas dos servidores públicos no exercício de sua função, valoráveis desde a perspectiva da ética, da probidade, da integridade (ou, ainda, dos deveres éticos, dos deveres funcionais, dos deveres legais, dos deveres de moralidade pública). Daí se pressupor que o controle de conduta guarda alto potencial de se chocar com o direito à privacidade dos servidores públicos, razão de se entender, como dito, que esse é o embate central a ser analisado para se responder sobre o direito à privacidade do servidor público no seu ambiente laboral.

E para se proceder a tal reflexão, inclusive considerando o parâmetro comparativo da situação no ambiente laboral privado, parece necessário ter em consideração alguns pressupostos - já analisados, aos quais se retoma brevemente -, quais sejam: (i) que a relação funcional é uma espécie de relação de sujeição especial democraticamente reabilitada, ou seja, é uma relação que guarda um alto desequilíbrio de poder entre as partes, o qual, entretanto, de alguma forma, é contrabalanceado pela garantia dos direitos fundamentais; (ii) que o poder de controle estatal se sujeita ao princípio da juridicidade, o que faz com que, na relação funcional, haja uma menor liberdade de ajuste do controle de conduta, quando comparado com o poder de controle do empregador privado; (iii) que o controle de conduta se fundamenta na tutela do interesse público (afastada a ideia de supremacia do interesse público); (iv) que o controle de conduta também se fundamenta no dever de boa administração; (v) que o direito fundamental à informação e o dever estatal de transparência afetam essencialmente o âmbito de proteção da privacidade no ambiente laboral público; (vi) que o controle de conduta intensifica a importância da procedimentalização, reforçando a segurança jurídica da atuação estatal; (vii) que o controle de conduta fortalece o controle social; e (viii) os servidores públicos podem ser considerados, via de regra, como pessoas públicas.

Passa-se, assim, a revisitar rapidamente referidos pressupostos - agora com especial enfoque no embate entre controle e privacidade no ambiente laboral público -, para, em seguida, finalmente, apresentar os elementos indicativos do âmbito de proteção do direito fundamental à privacidade no ambiente laboral público.

2.1. Pressuposto da análise (i): a relação funcional como uma espécie de relação de sujeição especial democraticamente reabilitada

À partida, é inviável buscar visualizar o âmbito de proteção efetivo do direito à privacidade dos servidores públicos no ambiente de trabalho público sem ter em conta, como argumento de base, que a relação funcional é uma espécie de relação de sujeição especial - ainda que *reabilitada democraticamente*, esse tipo de relação tem como característica o alto desequilíbrio de poder entre as partes, isto é, no caso da relação funcional, uma proeminência da posição de superioridade ocupada pelo Estado que difere tal relação das relações de sujeição geral e das relações privadas.

De fato, repise-se, a relação funcional goza de um status jurídico próprio, o que quer dizer que a Constituição tutela determinados bens e valores que sustentam a referida relação e se ligam ao atingimento dos fins estatais (em suma, a organização da atuação do Estado e o atendimento do interesse público, o dever de boa administração, a moralidade, a probidade administrativa e a responsabilidade funcional), sendo, pois, possível afirmar que o

reconhecimento da relação funcional como uma relação de sujeição especial tem fundamento constitucional. Além disso, caracteriza-se pela inserção física, efetiva e duradoura do indivíduo (servidor público) na esfera organizativa interna da Administração e pela maior supremacia estatal na relação funcional. Tal posição de primazia confere à Administração poderes aptos a modificar ou a conformar os direitos dos servidores para garantir a concretização dos fins estatais, o que se dá, inclusive, com relação ao direito fundamental à privacidade.

Muito embora a posição de superioridade de uma das partes sobre a outra não seja exatamente uma exclusividade das relações de sujeição especial, não se mostrando estranha à relação laboral e nem mesmo à empresarial, o que sustenta essa situação nos dois últimos casos, via de regra, são critérios ligados à superioridade econômica ou técnica daquele que ocupa a posição proeminente. É diferente do que ocorre, portanto, no âmbito da relação funcional, em que a primazia da Administração Pública se dá, repita-se, em razão da funcionalização da organização administrativa à tutela do interesse público. Daí, portanto, ser inegável a funcionalidade do multicitado instituto das relações de sujeição especial: afastada a ideia de *impermeabilidade jurídica* da esfera interna estatal, a relação funcional se distingue especialmente em razão desta instrumentalização da organização administrativa (na qual os servidores públicos se inserem de forma duradoura e efetiva) à finalidade de concretização do interesse público.

Não é demais lembrar, aliás, que, como amplamente exposto na segunda parte deste estudo, para ser considerada reabilitada democraticamente, uma relações de sujeição especial, dentre outros fatores, não pode impedir a eficácia dos direitos fundamentais em seu âmbito. Dessa forma, assim como ocorre na relação laborativa privada, não há dúvidas de que o fato de um indivíduo se inserir em uma relação funcional não lhe retira os direitos fundamentais que são conferidos pelo ordenamento jurídico ou, dito de outra forma, é cediço que os direitos fundamentais têm aplicabilidade no âmbito da relação funcional, o que, de alguma forma, termina por diminuir a desigualdade de força e poder no âmbito da referida relação de sujeição especial.

Dessa forma, pressuposto necessário da análise da conformação do direito à privacidade dos servidores públicos no âmbito laboral é reconhecer que a relação funcional é uma relação de sujeição especial democraticamente reabilitada - ou seja, com plena aplicabilidade dos direitos fundamentais dos servidores públicos e do princípio da legalidade -, funcionalizada para o atingimento do interesse público, o que, no entanto, não afasta a posição de proeminência da Administração Pública.

2.2. Pressuposto da análise (ii): a menor liberdade de conformação do poder de controle estatal, em razão da submissão ao princípio da juridicidade

Além disso, a conformação da privacidade no ambiente laboral privado e no ambiente laboral público se diferenciam em razão da extensão e da intensidade que o poder de controle pode atingir, considerando a liberdade de ajustes que possui seu titular. Com efeito, no âmbito privado, o empregador acaba dispondo de uma maior margem de liberdade para atuação e para adequação de seu poder de controle às suas necessidades e interesses, já que, ao particular se aplica a máxima de *poder fazer tudo aquilo que a lei não lhe proíbe* (nos termos do art. 5º, inciso II da Constituição brasileira: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"). Noutras palavras, o empregador privado poderá adotar em sua atividade de controle - que, como visto, também encontra amparo constitucional - meios e instrumentos diversos, desde que não suprimam os direitos dos empregados e nem dizem outros bens e valores protegidos pela Constituição, com os quais, na verdade, o controle deverá ser colocado em concordância prática. E, mais que isso, o empregador privado tem a faculdade de tomar a atitude que melhor lhe convier - respeitadas, claro, as normas constitucionais e trabalhistas - para ajustar alguma conduta contrária às suas orientações e ordens.

O mesmo não ocorre, entretanto, quando quem assume o papel de "empregador" é o Estado. Com efeito, como analisado logo no início da primeira parte deste estudo, a atuação estatal se submete ao princípio da juridicidade¹⁰¹⁸, e, como não podia ser diferente, por consequência, também a atividade de controle (e, logo, também o controle de conduta) deve observar o mesmo princípio e ser praticada com observância de algumas circunstâncias que a permitem e a legitimam.

Inicialmente, considerando o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo, as normas, os institutos e os instrumentos referentes ao controle de conduta devem passar por uma filtragem constitucional, que garanta sua leitura à luz dos valores constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais. Além disso, as atividades do controle estatal (de controle de conduta, inclusive) devem estar amparadas em previsão normativa, de forma a conferir segurança e previsibilidade àqueles que a elas se submetem. Isso não quer dizer que a referida atividade de controle estatal deva estar direta e necessariamente vinculada à lei formal, mas sim que se sustente considerando o ordenamento jurídico como um todo, inclusive com a possibilidade de se fundamentar

¹⁰¹⁸ Rememore-se o tema com a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (**Curso de direito administrativo**, p. 108): "Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis."

diretamente na Constituição, sem *interpositio legislatoris* (desde que, claro, a norma constitucional que lhe sirva de baldrame tenha um mínimo de densidade normativa). Por óbvio, registre-se, também não se está afirmando a necessidade da existência de um comando legal ou normativo específico para cada ato administrativo de controle, o que tornaria a atividade inviável, mas sim que exista uma norma que conceda habilitação legal à Administração para as atividades de controle de conduta, que, além de especificar a competência para a prática dos atos, também contenha uma mínima densificação normativa, já que as medidas adotadas no controle de conduta podem ter repercussão nos direitos dos indivíduos a elas submetidos.

Assim, as atividades de controle de conduta devem observar: (i) a *preferência de lei* (na realidade, a preferência da ordem jurídica globalmente considerada), de forma que o ato de controle adotado pelo Estado que eventualmente contrarie o bloco de legalidade será considerado inválido; (ii) a *reserva de lei na concepção de precedência de lei ou de norma jurídica*, uma vez que o ato de controle deve ter como fundamento uma norma jurídica que tenha sido editada antes de sua prática (sendo que, a depender dos objetos jurídicos afetados, a Constituição pode exigir que se dê por precedência de lei formal; para os demais casos, bastaria a existência prévia de uma norma jurídica habilitante dotada de publicidade adequada: *reserva de norma jurídica*); (iii) a *reserva de lei na concepção de densificação normativa*, acrescentando, à exigência de haver uma norma jurídica prévia que autorize ou habilite a atividade de controle estatal, a necessidade de previsão de algum conteúdo material, indicativo das balizas mínimas do que se pretende regular (um grau de especificação e de pormenorização dos pressupostos e dos meios da atuação que ao menos permitam aos destinatários antecipar seus aspectos fundamentais), de forma a garantir um mínimo grau de segurança jurídica.

Nesse sentido, estando o exercício do controle de conduta jungido à observância do princípio da juridicidade, sua extensão e abrangência são, ao menos em tese e especificamente quanto a este aspecto, menores se comparados ao poder de controle do empregador privado. No entanto, também em função desse vínculo com a juridicidade - e pelo próprio fundamento da atividade pública, de tutela do interesse público, e da relação funcional que se qualifica pelo cuidado dos interesses de outros - o exercício do controle de conduta que, no âmbito privado, pode ser visto como uma faculdade ou prerrogativa, no âmbito público é um *poder-dever*. Ou seja, ele sempre vai incidir sobre os servidores públicos, sob pena de responsabilização dos responsáveis por exercê-lo. E, mais que isso até, a própria previsão normativa que ampara as atividades de controle de conduta pode trazer, inclusive, quais devem ser as atitudes a serem tomadas pelo responsável pelo controle, caso se identifique alguma desconformidade - por exemplo, como visto com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, no caso do controle disciplinar, identificada uma infração

funcional, a Lei nº 8.112/90 determina a imediata investigação dos fatos (art. 143); ao fim desta investigação, a depender da capitulação da conduta, pode não haver qualquer margem de discricionariedade para a autoridade competente com relação à sanção a ser aplicada. De fato, como demonstrado, o regime especial da função pública e tudo aquilo que lhe diz respeito - como o controle de conduta - *não é e nem pode ser* equiparado ao de uma empresa privada, pois a Administração Pública é uma instituição que se rege por certos elementos de direito público (como a legalidade, a igualdade, a imparcialidade, a proibição da arbitrariedade, a tutela do interesse público) que fazem com que aqueles que a dirigem não possam atuar com a mesma autonomia da vontade com que atua o empresário privado (que, via de regra, atua mais focado na eficiência, na produtividade e no lucro).

Nesse sentido, portanto, a menor margem de conformação das medidas de controle de conduta, ao mesmo tempo que tornam (ou deveriam tornar) a situação dos servidores mais previsível e, logo, mais segura com relação ao que está sendo objeto de controle e avaliação por parte do Estado empregador, por outro lado, pode representar um peso maior do controle em si, já que, como dito, trata-se de um poder-dever, que muitas vezes traz inclusive a previsão das consequências de forma vinculada, sem qualquer margem de manobra para a autoridade competente.

2.3. Pressuposto da análise (iii): a fundamentação do controle de conduta na tutela do interesse público

O fato de o controle de conduta estar submetido ao princípio da juridicidade, determina, como exposto, que, além de tal atuação estatal ficar adstrita ao respeito pelo bloco de legalidade, também a necessidade de que se fundamente em uma norma jurídica que lhe seja antecedente. Nesse sentido, o primeiro fundamento do controle de conduta, mais amplo e geral, é a norma-princípio da tutela do interesse público (o que, no entanto, vale frisar novamente, não suplanta a necessidade de uma norma anterior com alguma densidade normativa que lhe sirva de baldrame).

Com efeito, à partida, é inegável que o controle de conduta pode e deve ser justificado por razões de interesse público, uma vez que tanto a organização administrativa quanto a própria relação funcional são vinculadas à realização do interesse público, sendo disciplinadas de forma unilateral, geral e impessoal¹⁰¹⁹, com a finalidade de atender o interesse geral. Nesse tema, como visto, a relação funcional se distancia da atividade privada: enquanto no âmbito privado a organização mercantil e a subordinação do empregado¹⁰²⁰ são

¹⁰¹⁹ De acordo com a teoria unilateralista da situação legal ou teoria estatutária, adotada no Brasil.

¹⁰²⁰ Caracterizada, como visto, pela sua inserção no círculo de organização, de direção e de disciplina daquele por cuja conta trabalha.

direcionadas, em regra, ao atingimento dos interesses privados do empresário (que, pela sua própria natureza, tem como objetivo final a obtenção de lucro), a organização administrativa se qualifica pelo *cuidado dos interesses de outros* (interesses gerais da comunidade). E, como é cediço, os interesses a serem tutelados modulam a própria organização e a colocam em uma relação de instrumentalidade com os fins a que servem - isso significa, portanto, que a Administração demanda um poder de direção e de disposição sobre a organização que se subordina à ideia de prossecução do interesse público; ou seja, a Administração não responde às suas próprias regras ou interesses, de forma que o servidor que integra seu âmbito organizativo se insere em uma relação fundamentada nesses mesmos princípios jurídicos¹⁰²¹.

Tendo, pois, em mente, que tanto relação funcional quanto a própria organização administrativa estão vinculadas à consecução do interesse público, parece lógico afirmar que o controle de conduta (preventivo ou repressivo) se coaduna perfeitamente com tais fins, já que tem intuito de melhorar o ambiente institucional, de promover da ética e a integridade, de restabelecer a regularidade e de combater atos de fraude e de corrupção. E, nessa esteira, poderia parecer até intuitivo justificar que o controle de conduta promovido pelo Estado teria aptidão para avançar com maior ingerência, criando restrições mais intensas ao direito à privacidade do servidor, com fundamento em um suposto princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Ocorre que, como exposto na primeira parte deste estudo, entende-se que um princípio que, nesses termos, preveja, de forma abstrata e *a priori*, a prevalência dos interesses públicos sobre os interesses privados é totalmente incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro vigente, uma vez que, dentre outras justificativas¹⁰²², tal

¹⁰²¹ Lembrando que o regime especial da função pública assegura inclusive a disciplina e a qualificação do servidor público, aspectos sem os quais a organização não pode ser eficaz.

¹⁰²² Em resumo, na primeira parte deste estudo, as justificativas apresentadas para se concluir pela incompatibilidade foram as seguintes: (i) não existe sustentação para tal princípio na teoria moral que fundamenta a Constituição brasileira de 1988, qual seja, a teoria personalista, alicerçada na dignidade da pessoa humana e na posição central que o indivíduo ocupa no ordenamento jurídico; (ii) a ideia de que existe uma solução abstrata e *a priori* a favor dos interesses coletivos, sociais e contra os interesses individuais inverteria a lógica da centralidade do indivíduo no ordenamento jurídico, deslocando o centro de proteção do ordenamento jurídico para a sociedade; (iii) reconhecer a existência de uma norma-princípio que previsse de forma abstrata e *a priori* a solução de possíveis colisões e conflitos com outros bens e direitos que também gozam de tutela constitucional - no caso, um princípio que estabeleça que interesses públicos com qualquer conteúdo vão sempre prevalecer sobre interesses privados - seria um contrassenso, uma vez que, ao se afastar a possibilidade de ponderação, também se afastaria o enquadramento no conceito de princípio jurídico nos termos da teoria dos princípios contemporânea; (iv) a própria indeterminabilidade abstrata do conceito de interesse público impede o reconhecimento de um princípio que preveja, de forma abstrata e *a priori*, a prevalência dos interesses públicos sobre os interesses privados, uma vez que o amplo poder de conformação do que se entende por interesse público terminaria por afrontar a segurança jurídica e por favorecer a criação de um ambiente com maior propensão de restrições arbitrárias de direitos individuais e, por consequência, com menor limitação do poder estatal; (v) um princípio que previsse, de forma abstrata e *a priori*, a prevalência dos interesses públicos sobre os interesses privados também

entendimento inverteria a lógica da posição de centralidade ocupada pelo indivíduo no ordenamento jurídico (deslocando o centro de proteção para a sociedade), além de representar um contrassenso jurídico o reconhecimento de um princípio que decidisse, de forma abstrata e *a priori*, a solução de possíveis colisões e conflitos com outros bens e direitos que também gozam de tutela constitucional, pois afastaria a possibilidade de ponderação (afastando também, assim, a possibilidade de enquadramento no moderno conceito de princípio), seria incompatível com os postulados da proporcionalidade e da concordância prática e atentaria contra os direitos fundamentais, ao criar uma cláusula prévia e geral de restrição, invertendo a lógica da proteção reforçada que lhes foi concedida pela Constituição.

Dessa forma, o controle de conduta se fundamenta, na verdade, no princípio da tutela do interesse público - que tem *status* e força normativa constitucional, como um princípio implícito que determina ao Estado que atue com o intuito de sempre atingir o interesse público - e não em um princípio da supremacia do interesse público. E sendo assim, sempre que exista um conflito entre o controle de conduta e o direito à privacidade do servidor, deve haver um processo de ponderação, com atenção ao princípio da proporcionalidade e com vistas a se promover a concordância prática entre os direitos ou bens em conflito, exigindo-se do Estado, inclusive, a fundamentação necessária para a restrição do direito fundamental do servidor. Isso porque se o fim da atividade administrativa é a concretização do interesse público (interesse geral, coletivo), é exatamente esse interesse público que demanda que o processo de atuação estatal seja controlado não apenas quanto à legalidade, mas também em outros aspectos, como quanto aos objetivos a serem alcançados na atividade pública, nas gestão dos negócios da sociedade e, especialmente, quanto à forma como tais objetivos devem ser buscados, o que deve ocorrer de maneira proba, íntegra, ética (já que, repita-se, à Administração não basta atuar, mas sim *atuar de determinada maneira*, não se lhe aplicando, de nenhuma forma, a ideia de que *os fins justificam os meios*). Diante de todo o exposto, o fundamento do controle de conduta no princípio da tutela do interesse público parece reforçar o peso desta atividade no âmbito da relação funcional, quando comparada com o controle empregatício na relação laboral privada.

seria incompatível com os postulados constitucionais da proporcionalidade e da concordância prática, já que a solução seria sempre a mesma; (vi) um princípio que previsse, de forma abstrata e *a priori*, a prevalência dos interesses públicos sobre os interesses privados ainda seria incompatível com a ordem constitucional, porque a Constituição brasileira acolhe expressamente tanto interesses públicos quanto interesses privados, tutela esta que tem idêntico valor - para ser compatível com o atual sistema constitucional todos os interesses consagrados constitucionalmente devem ser compatibilizados; e (vii) um princípio que previsse, de forma abstrata e *a priori*, a prevalência dos interesses públicos sobre os interesses privados igualmente seria incompatível com o sistema constitucional de direitos fundamentais, pois criaria uma cláusula prévia e geral de restrição de direitos fundamentais, invertendo a lógica da proteção reforçada que lhes foi concedida pela Constituição.

2.4. Pressuposto da análise (iv): a fundamentação do controle de conduta na boa administração

Outro ponto que deve ser tido como pressuposto da análise da conformação do controle de conduta e do direito à privacidade no ambiente laboral público é o fato de que o poder-dever de controle tem uma relação muito próxima com o dever de boa administração estatal - pode-se dizer até que seja uma relação simbiótica, já que, entende-se, não é possível existir uma boa administração estatal que não seja amparada por um bom controle geral e, em particular, por um bom controle de conduta.

De fato, como exposto na primeira parte deste estudo, embora o conceito de boa administração seja fluido e indeterminado, é possível afirmar que se relaciona com a salvaguarda do exercício dos direitos de cidadania dos indivíduos e com o controle do exercício do poder estatal, ultrapassando, pois, a simples junção de eficiência e juridicidade, para abranger ainda aspectos de urbanidade, de civismo, de dever ético e de integridade. Considerando que a atuação estatal se vincula ao princípio constitucional implícito da tutela do interesse público e ao princípio da juridicidade, reconhece-se a existência de um *dever*¹⁰²³, imposto à Administração Pública, de bem administrar, que abarca uma faceta ético-funcional, uma faceta democrática e uma faceta procedimental-administrativa.

Noutras palavras, bem administrada é a Administração Pública que tem uma atuação imparcial, célere, responsável, transparente, funcionalmente adequada e estruturada, eficaz e moldada à luz dos direitos fundamentais.¹⁰²⁴ Daí se entender que a Administração Pública, ao mesmo tempo que goza de poderes para melhor atender ao interesse público, também tem o *dever* de exercer esses poderes para prosseguir o fim para o qual lhe foram concedidos (fim este não se encontra na margem de livre disposição) - ou seja, a Administração, na verdade, tem um *poder-dever*, que lhe é concedido na medida exata do que for necessário

¹⁰²³ Lembrando que, na verdade que a boa administração pode assumir uma tríplice dimensionalidade, a qual se reconhece no ordenamento jurídico brasileiro ainda que não haja disposição normativa expressa: dever estatal, direito dos administrados e norma-princípio do ordenamento jurídico.

¹⁰²⁴ Daí que se sugeriu anteriormente tratar a boa administração como uma fórmula-síntese ou um conceito complexo, que englobaria, no mínimo, os seguintes elementos: (i) o princípio da legalidade ou da juridicidade; (ii) o princípio constitucional implícito de tutela do interesse público; (iii) o princípio da eficiência; (iv) uma dimensão ético-funcional, referente tanto à probidade e à integridade quanto aos deveres funcionais dos agentes públicos em sua atuação na atividade pública (englobando, pois, o princípio da moralidade administrativa); (v) uma dimensão de tratamento do administrado como verdadeiro titular do poder público e elemento de integração do interesse público, o que demanda da Administração saber reconhecer as reais necessidades sociais e atuar para atendê-las na melhor medida possível (técnica e financeira), ter transparência em suas atividades, prestar o serviço público com urbanidade, civismo, objetividade, qualidade e eficiência, assim como dispensar ao administrado tratamento imparcial, equitativo e em prazo razoável; (vi) uma dimensão de tratamento do cidadão como efetivo participante dos processos e procedimentos administrativos, garantindo-se-lhe tanto a informação quanto a possibilidade de atuar para influenciar a decisão administrativa; e (vii) uma dimensão de responsabilidade administrativa, que determina a possibilidade de se buscar reparação dos danos causados pela atuação administrativa.

para satisfazer o interesse público que se quer tutelar. Cabe à Administração, portanto, não apenas o dever de agir, mas o *dever de agir de determinada forma* - mais conveniente, mais justa e mais adequada para concretizar o interesse público.

Essa vinculação de base com os valores e os ideais axiologicamente estruturantes da organização e do funcionamento da Administração Pública tornam inegável o vínculo do dever de boa administração com o poder de controle. Com efeito, o controle interno voltado à integridade pública, com sua conformação ampla, mostra-se apto para acompanhar o correto cumprimento de aspectos relevantes para a efetivação de uma boa administração, permitindo, com isso, a correção de eventuais desvios e a realização dos ajustes e adequações necessários no curso das atividades. E, de forma específica, o controle de conduta, atua na dimensão ético-funcional da boa administração. É que, como exposto, o agente público, quando assume uma função pública, também assume a gestão da coisa pública e, ao mesmo tempo, a posição de "responsável", perante a sociedade, pela boa administração dos bens e serviços públicos, razão pela qual deve cumprir seu mister com honestidade, ética, justiça, integridade, probidade, atuar em conformidade com as normas constitucionais e infraconstitucionais, de forma responsável e competente, dedicada e crítica, com eficiência na forma de prosseguir os interesses coletivos, dedicando-se a efetivar uma boa administração, sob pena de responsabilização por eventuais danos causados à Administração ou aos particulares. Ou seja, o controle de conduta atua no intuito de garantir o cumprimento dessa "deverosidade", especialmente por meio do acompanhamento e mesmo da fiscalização da observância dos deveres funcionais e dos deveres éticos e da possibilidade de responsabilização da Administração e dos agentes públicos pelo descumprimento desses deveres.

Diante de todo o exposto, o dever de boa administração parece reforçar o valor do controle de conduta, como instrumento para acompanhamento, monitoramento e correção da atuação daqueles que são responsáveis por implementar todos os mecanismos estruturais necessários para bem administrar. Esse valor reforçado do controle no ambiente laboral público - que não está presente, *a priori*, no ambiente privado -, ao que parece, é mais um elemento que distancia a maneira como se dá a conformação da privacidade no ambiente laboral privado e no ambiente laboral público. Ainda com mais razão quando se relembra que o controle não é um fim em si mesmo, mas sim um instrumento de aperfeiçoamento dos trabalhos da Administração Pública, de forma que a simples existência das estruturas de controle não significa que este controle seja efetivo e corresponda ao que é indispensável para uma boa administração, sendo necessário que a atividade de controle realmente sirva de instrumento para a garantia da eficiência, da efetividade, da economicidade, da probidade e da integridade da atividade administrativa, fiscalizando-a, corrigindo seus rumos quando necessário, invalidando ou impedindo os atos irregulares, punindo os responsáveis e, tão

importante quanto, mantendo uma visão ponderada acerca das consequências das medidas serão aplicadas (de forma que o controle não configure um custo maior do que aquilo que se pretende controlar)¹⁰²⁵.

2.5. Pressuposto da análise (v): o direito fundamental à informação e o dever estatal de transparência como elementos que especialmente afetam a privacidade no ambiente laboral público

Um outro aspecto que, aparentemente, *a priori*, diferencia a conformação do direito à privacidade no ambiente laboral privado e no ambiente laboral público é o dever estatal de transparência¹⁰²⁶, que, considerado uma espécie de expansão do princípio da publicidade¹⁰²⁷

¹⁰²⁵ Com relação especificamente a este ponto, cabe destacar que a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 inseriu alguns artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) - Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 -, com a finalidade de orientar a interpretação do direito público no Brasil, com intuito de dar maior segurança e mais eficiência à atividade administrativa, buscando afastar o que vinha sendo conhecido como "Administração Pública do medo" e "apagão das canetas" - expressões que indicam certo receio dos gestores em razão da sobreposição dos órgãos de controle e das possibilidades de responsabilização ainda que em razão de condutas em que atuaram no cumprimento de dever de ofício). Veja-se, com efeito, o texto dos art. 20 e 21 da LINDB:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Embora não seja possível, considerando os limites deste trabalho, desenvolver com mais vagar o tema (inclusive quanto às diversas críticas destinadas ao "novo modelo"), vale citar a doutrina de Fabrício Motta e Irene Patrícia Noahara (**LINDB no direito público: Lei nº 13.655/2018**, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 24) que resume aspectos muito importantes do novo regramento: "A lei procura, então, focar no consequencialismo e orientar a interpretação também a dar uma maior ênfase à ponderação dos fatos, a partir do primado da realidade, orientando controle a desenvolver uma certa alteridade e respeito para com as circunstâncias e dificuldades da vida enfrentada pelo gestor. Ademais, determina-se que as invalidações mensurem seus impactos e criem medidas compensatórias e aptas a eventualmente absorver os impactos de uma decisão que possa provocar ônus e perdas anormais ou excessivos (...). Note-se que, apesar de louvável em muitos casos, tais expedientes nem sempre garantem maior segurança e previsibilidade na decisão, mas, sim, que o decisor possa ter mais tranquilidade para buscar uma decisão mais equilibrada, todavia, nem sempre ela será aquela que observará maior padronização na aplicação dos critérios legais."

¹⁰²⁶ Lembrando que, assim como a boa administração, também se reconhece a tríplice dimensionalidade da transparência - direito, dever e norma-princípio -, aqui se optando por focar especialmente na dimensão do dever, em razão da análise se dar sob a perspectiva do Estado.

¹⁰²⁷ De fato, como indicado na primeira parte deste estudo, a transparência estaria relacionada à ideia de efetiva transmissão da informação sobre os atos praticados pela Administração, preocupando-se mais com a real disseminação do conteúdo do que com a forma, vinculando-se, pois, à garantia jurídica tanto do administrado quanto da Administração Pública de institucionalização de um processo de interação que de fato possibilite a participação social na formação da vontade administrativa e o

(por ultrapassar com folga o simples dever formal de publicação dos atos estatais), exige efetiva circulação da informação, e sua verdadeira compreensão pelos membros da sociedade.

Como exposto no início desse estudo, em uma perspectiva ampla, o dever de transparência decorre do direito fundamental à informação (art. 5º, inciso XIV da Constituição brasileira) - em especial do direito de acesso à informação administrativa (art. 5º, inciso XXIII da Constituição brasileira) -, garantido a todos como forma de possibilitar a concretização da democracia e do princípio republicano e de tudo que daí advém por consequência (como a efetividade da participação democrática, a eficácia do controle social e o dever de prestação de contas dos gestores públicos). Relaciona-se intimamente, pois, com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, com a boa administração, com o fortalecimento da democracia e com o próprio desenvolvimento da sociedade. Dessa forma, não restam dúvidas em se reconhecer que, em decorrência do direito fundamental à informação, impõe-se ao Estado - não raro, o responsável pelo maior volume de produção, armazenamento e tratamento de dados - o dever de inteirar a sociedade sobre a prestação da atividade pública com informações verdadeiras, coerentes com os seus registros e com os dados de que dispõe¹⁰²⁸, difundidas o mais amplamente possível, pelos meios adequados e linguagem acessível, considerando seu objetivo e seus destinatários (obrigação essa que vincula todos os entes estatais que compõem o poder público). No entanto, o direito à informação não é absoluto, de maneira que, por consequência, a obrigação estatal de informar também não é ilimitada¹⁰²⁹. Assim é que, de forma excepcional, alguns direitos, bens e valores podem justificar, desde que constitucionalmente amparados, a restrição do âmbito de garantia efetivo do direito de acesso à informação (e, por consequência, diminuir a abrangência do dever estatal de informar) - dentre eles, cite-se a possibilidade desta restrição se dar em virtude de se tratar de informações relativas à vida privada do indivíduo¹⁰³⁰.

controle dos atos estatais pela sociedade. E nesse contexto, a transparência assumiria a condição de requisito necessário à legitimidade do ato - mais aproximada da ideia de democracia material -, havendo uma maior preocupação com a qualidade da comunicação, com a efetiva absorção da informação. É um cenário, pois, em que se complementa os aspectos formais da publicidade e amplia seus efeitos para além da forma. Para tanto, repita-se, há especial preocupação com a qualidade informacional: que haja um fluxo de informações públicas pertinentes, confiáveis, inteligíveis e oferecidas em momento oportuno, que possam ser corretamente captadas pela população, processadas, compreendidas e utilizadas na fiscalização da gestão pública.

¹⁰²⁸ Com efeito, como exposto no início deste estudo, muito embora não exista essa previsão expressa no âmbito normativo brasileiro, entende-se que o direito/dever de informação apenas abrange informações verdadeiras, o que também deve ser observado pelo Estado, sendo-lhe vedado informar contrariamente aos seus registros ou ocultar indevidamente dados de que dispõe.

¹⁰²⁹ Até porque, no caso do acesso à informação administrativa, a hipótese de transparência estatal integral inclusive poderia se mostrar incompatível com a própria existência do Estado e com a plenitude dos direitos constitucionais das pessoas.

¹⁰³⁰ Outras hipóteses possíveis, a título de exemplo: a defesa do Estado, as relações internacionais, a segurança exterior e interior, a luta contra o crime, a economia e as finanças públicas, a proteção do meio ambiente, o correto funcionamento da justiça, a efetividade das atividades públicas de vigilância

Nesses casos, existindo conflito entre a publicidade e a privacidade da informação administrativa, via de regra, como já exposto, devem ser sopesados os direitos que se chocam a partir dos elementos do caso concreto. Com relação à *privacidade informacional*, não se deve perder de vista que a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira - LGPD (Lei nº 13.709/2018) prevê diversos requisitos para o tratamento de dados pessoais, privados ou não (art. 7º a 10). Vale lembrar ainda que, para os casos específicos de conflito envolvendo dados que puderem ser qualificados como sensíveis (dados pessoais sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural, nos termos do art. 5º, inciso II da LGPD), cujo conhecimento é capaz de causar um grave prejuízo aos afetados (inclusive por questões discriminatórias), geralmente prevalece a reserva. De fato, verifica-se que, nos termos dos art. 11 a 13 da LGPD, os requisitos para tratamento dos dados sensíveis são ainda mais limitantes do que os requisitos gerais de tratamento de dados pessoais. Em suma, via de regra, em relação à informação administrativa, o ônus argumentativo diz respeito ao afastamento da publicidade, exceto quando se trate de informações pessoais e, especialmente, de dados sensíveis, em que o ônus argumentativo se inverte para o afastamento do sigilo, havendo, em todo caso, que se considerar as circunstâncias do caso concreto bem como a intensidade da afetação dos direitos em conflito.

Noutras palavras, fora os casos excepcionais de restrição do direito à informação, a regra é que haja transparência dos atos e dos dados do poder público, habilitando os sujeitos a participarem da vida política do país de forma consciente, permitindo, assim, que os indivíduos possam exercer o controle social sobre a atuação do Estado, e funcionando, a publicidade em si, como um procedimento que permite distinguir aquilo que é lícito daquilo que não é. Ressalte-se, ademais, que os agentes públicos possuem um dever de prestação de contas - *accountability* - que encontra seu fundamento de validade no princípio republicano (previsto no art. 1º *caput* da Constituição brasileira) e seu corolário imediato no postulado da publicidade (art. 5º, XXXIII e art. 37, *caput*) - daí que, repise-se, os atos praticados pela Administração Pública devem ser pautados, em regra, pela mais ampla transparência permitindo o seu controle e eventual responsabilização das autoridades em caso de não observância do ordenamento jurídico.

Dessa forma, é que a conformação do direito à privacidade no ambiente laboral, além de dever ser compatibilizada com o poder-dever de controle, também deve ser analisada como contraponto ao direito fundamental à informação. Como exposto, o citado direito à

e controle, a existência de um espaço livre de pressões e influências no processo de tomada de decisões públicas, os interesses comerciais e econômicos, incluída e propriedade intelectual e industrial.

informação é substancialmente extenso nas matérias referentes às atividades e aos dados públicos ou mantidos pelo Estado (já que a restrição do acesso a esses dados, repita-se, é excepcional), lógica que acaba se aplicando também, por consequência, ao ambiente laboral público, já que, ao menos em tese e em regra, tudo que ali se desenvolve, fala, escreve, debate, planeja, realiza, atua, concretiza etc diz respeito à atividade pública e às informações públicas que ali são geradas, tratadas ou armazenadas. E, dessa forma, em função dessa extensão do direito à informação, como não poderia deixar de ser, o direito à privacidade no ambiente laboral público, ao menos potencialmente e em abstrato, parece ficar mais comprimido que o mesmo direito no ambiente laboral privado, no qual não é necessária semelhante compatibilização, já que o empregador particular não tem um dever público de informar a sociedade com tal extensão.

2.6. Pressuposto da análise (vi): o controle de conduta como elemento que intensifica a importância da procedimentalização, reforçando a segurança jurídica da atuação estatal

Um outro aspecto que deve ser considerado, é que o controle de conduta reforça a ideia de procedimentalização e de respeito aos processos de trabalho, o que cria um ambiente com maior segurança jurídica para a atuação estatal (inclusive do ponto de vista do próprio servidor).

Com efeito, como exposto, o controle de conduta abrange, por exemplo, o controle comportamental (controle preventivo), que tem como um de seus elementos, dentro do programa de integridade, a avaliação e a gestão de riscos à integridade da atividade estatal (especialmente riscos de ocorrência de fraude, de corrupção e de infrações éticas), fazendo com que os processos de trabalho sejam periodicamente revistos e monitorados de forma a se ter uma gestão de riscos sempre atual. Isso, por consequência, robustece tais processos de trabalho, que, em virtude de sua constante revisitação, são colocados frequentemente como pauta dos assuntos administrativos, fazendo com que os servidores se lembrem deles com mais clareza e os observem com maior facilidade e naturalidade. Ademais, o tratamento dos processos de trabalho sob a ótica da gestão de riscos também pode ajudar a incutir no servidor a consciência sobre a necessidade da observância dos procedimentos traçados para a atuação estatal - que, via de regra, não apenas são desenhados buscando a melhor forma de atender ao interesse público, no sentido do conceito de boa administração, mas também servem como proteção da atuação do próprio servidor - também fazendo com que, a partir da aceitação das razões da procedimentalização pelas razões daqueles que a devem cumprir, a sua observância seja mais fluida e espontânea.

De outro lado, pensando agora no controle disciplinar ou ético (controle repressivo), fato é que o servidor que cumpre a contento um processo de trabalho, instituído formalmente pela instituição onde desenvolve suas atividades, tem essa procedimentalização como um ponto de defesa da correção de sua atuação em nome do Estado. Noutras palavras, ao menos em tese, não se considerará que o servidor cometeu uma irregularidade funcional ou ética quando ele simplesmente seguiu as regras e os procedimentos postos (vale recordar, no que toca à procedimentalização, a já mencionada irradiação normativa dos direitos fundamentais no âmbito da organização e dos procedimentos das atividades públicas - nesse sentido, a organização e os procedimentos suscetíveis de afetar os direitos devem ser conformadas para assegurar o exercício ou a efetividade desses direitos, ou, pelo menos, de forma a ponderar os valores jusfundamentais em causa).

Diante do exposto, portanto, é possível assumir que o controle de conduta carrega consigo mais esse elemento de reforço de sua importância no âmbito das relações funcionais e do ambiente laboral público.

2.7. Pressuposto da análise (vii): o controle de conduta como elemento que reforça o controle social

É possível adicionar ainda uma outra característica ao controle de conduta, que aumenta seu valor e peso (quando comparado ao controle empregatício privado): o fato de representar um elemento de reforço do controle social.

Como já exposto, o controle social - atuação dos membros da sociedade, de forma individual ou coletiva, na fiscalização da atividade estatal -, é uma consequência necessária do Estado de Direito, da soberania popular e da democracia, conectando-se, de forma muito próxima, aos deveres estatais de boa administração e de transparência e ao direito de todos os indivíduos à informação administrativa. É oponível à Administração Pública, inclusive por meio de ação judicial, com o intuito de verificar se as atividades estatais estão sendo realizadas de forma regular e legítima, podendo abranger tanto a verificação do mérito quanto da legalidade do ato ou decisão estatal. Tem como baldrame, especialmente, as ideias de prestação de contas por aqueles que exercem a atividade pública e de sua responsabilização nos casos de atuações ilícitas (*accountability*).

Daí a importância do controle de conduta com reforço do controle social, por permitir à sociedade acompanhar a forma como a atividade administrativa vem sendo realizada (já que, mais uma vez, a administração tem o dever não apenas de atuar, mas o *dever de atuar de determinada maneira*), ultrapassando a simples fiscalização de efetividade e de resultados, para abranger aspectos de ética, de probidade e de integridade pública. Noutras palavras, os resultados de um bom controle de conduta divulgados com a transparência

adequada - além de garantirem à sociedade o conhecimento, com maior clareza e segurança, sobre a atividade estatal (ou seja, sobre os procedimentos e não apenas os resultados) e contribuir para o fortalecimento de uma relação de confiança entre a sociedade e o Estado - podem fomentar debates sociais sobre a forma de atuação da administração, permitir a participação social (especialmente quanto à efetividade do processo de trabalho aos olhos da sociedade enquanto destinatária da atuação estatal e à identificação de eventuais fatores de risco), impulsionar a pressão social para que sejam modificadas ou aprimoradas determinadas práticas, criando o cenário necessário para que a sociedade cobre da Administração o fortalecimento do ambiente institucional como ambiente mais ético e íntegro.

Para que possa surtir tal efeito, repise-se, a informação deve ser disponibilizada à sociedade por meio de acesso facilitado (simplicidade do procedimento), de forma compreensível a seu público alvo, confiável e tempestiva. Contudo, não custa lembrar que há determinados tipos de procedimentos do controle de conduta que se desenvolvem em sigilo (necessário, inclusive, para garantir a efetividade da investigação)¹⁰³¹ - nesses casos, o que se propõe como objeto de informação à sociedade é o resultado do controle, quando cabível. Essa possibilidade é aventada, inclusive, pela própria Lei de Acesso à Informação brasileira (Lei nº 12.527/2011) que, de forma geral, prevê que "o direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo" (art. 7º, § 3º), compatibilizando, assim o poder-dever estatal de atuar no controle de forma efetiva e o direito à informação dos administrados.¹⁰³²

Assim, o reforço ao controle social, ao que parece, configura mais elemento de aumento do valor e do peso do controle de conduta no âmbito das relações funcionais e do ambiente laboral público.

2.8. Pressuposto da análise (viii): o servidor público como pessoa pública

Por fim, o último pressuposto de análise que ora se propõe volta-se especificamente à figura do servidor público e ao papel que ele ocupa na sociedade.

¹⁰³¹ A título de exemplo, cite-se a previsão do art. 150 da Lei nº 8.112/90, que trata do trabalho das comissões de processo disciplinar: "a Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração".

¹⁰³² Esse é, por exemplo, o fundamento da negativa aos pedidos de terceiros de acesso aos processos administrativos disciplinares ainda em andamento, tendo em conta a regra prevista no art. 150 da Lei nº. 8.112/90 - para compatibilizar a efetividade do controle estatal com o direito à informação dos administrados, a praxe é que se conceda o acesso após a finalização do processo, tudo nos termos do citado art. 7º, § 3º da Lei nº 12.527/2011.

Com efeito, acima, ao se tratar do direito à privacidade em geral, assentou-se que a tutela da privacidade pode variar a depender da natureza do caso e das peculiaridades que envolvem o próprio indivíduo, podendo influenciar a análise, por exemplo, a notoriedade do sujeito, sua exposição pública, sua atividade profissional, as funções que ele desempenha e mesmo como ele trata sua própria privacidade.

Assim, o ingresso do indivíduo no campo interesse da sociedade pode se dar em virtude de causas diversas: da ocupação de posição de destaque no campo intelectual, artístico, moral, científico, desportivo, político e também decorrer das funções sociais que são desempenhadas pelo sujeito. No caso do servidor público, via de regra e em consonância com os demais pressupostos analisados, é possível afirmar que o âmbito de proteção efetivo de seu direito à privacidade é naturalmente mais estreito do que o do empregado privado, por exemplo - isso se deve à escolha profissional do servidor, a qual tem uma dimensão pública dada sua inserção em eventos de interesse público, relacionados com o exercício da atividade estatal. Dessa forma, considerando que o servidor faz parte dos quadros das instituições estatais - as quais se submetem, como já exposto, à transparência para ciência e controle dos cidadãos -, sujeita-se, ao mesmo tempo, ao conhecimento público, não podendo se negar a tolerar uma certa compressão do seu espaço de indevassabilidade, quando comparado com alguém que não tem qualquer aspecto público na condução de sua vida¹⁰³³. Noutras palavras, a decisão de operar no espaço público sujeita o indivíduo a um maior interesse social - no caso específico do servidor público, o preço pago por assumir um cargo público é se sujeitar, na seara profissional, à transparência e ao controle da população, sendo, inclusive, desejável e salutar para a democracia que ocorra tal escrutínio social das atividades desenvolvidas pelos agentes públicos.

¹⁰³³ Veja-se, nesse sentido, trecho do voto da Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 4815, que tratou sobre o tema das biografias não autorizadas (ADI 4815, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016): "(...) o maior ou menor resguardo de espaço indevassável da vida pessoal aos olhos dos outros altera-se de acordo com a escolha feita pelo sujeito de direito a submeter-se a atividade que a) componha, ou não, os quadros de agentes das instituições estatais, sujeitas estas à transparência plena para ciência e controle dos cidadãos. Vem dos Antigos que aquele que não se quer expor ao público há de se manter nos umbrais da porta de casa, em cujo espaço, naquele período histórico, era sinônimo de segredo; b) promova as suas atividades em público e para o público, do qual extraia a sua condição profissional e pessoal, difíceis como são os lindes de uma e outra quando o nome, a profissão ou a função extraem do público o seu desempenho e do qual dependa o seu êxito. Quem busca a luz não há de exigir espaço intocado de sombra; ou c) extraia ou retire dos cidadãos, pelo exercício de sua função ou atividade, os ganhos materiais, profissionais ou de reconhecimento, com os quais se dá a viver, pelo que há de ser por eles conhecido. Em qualquer dessas hipóteses, o indivíduo sujeita-se – quando não busca – conhecimento e reconhecimento público, não se podendo negar a tolerar, quando não quiser, que esse mesmo público busque dele conhecer. Não se há de pretender, assim, contar com o mesmo espaço de indevassabilidade que fixa os limites da privacidade de alguém que nada quer nem pretende do público em sua condução de vida."

Nesse sentido, veja-se os seguintes trechos da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: (i) as leis de privacidade não devem inibir nem restringir a pesquisa e divulgação de informações de interesse público (n. 10); (ii) a proteção à reputação deve estar garantida por meio de apenas punições civis nos casos em que a pessoa ofendida seja um funcionário público ou pessoa pública ou particular que tenha se envolvido voluntariamente em assuntos de interesse público (n. 10); (ii) os funcionários públicos estão sujeitos a uma fiscalização mais rigorosa por parte da sociedade (n. 11).

Importante ressaltar, entretanto, que, embora a princípio todo servidor público se enquadre no conceito de pessoa pública no sentido de atrair maior interesse social em razão da função que desempenha, parece claro que o grau de exposição pública da pessoa em razão de seu cargo será essencial para se determinar a intensidade da compressão de seu direito à privacidade. Ou seja: embora os servidores públicos, de um modo geral, tenham o seu direito à privacidade mais comprimido que o direito à privacidade dos empregados privados, não é correto afirmar que todos os servidores públicos sofrem a restrição em seu direito fundamental na mesma intensidade - tal intensidade vai depender das circunstâncias do caso concreto (cargo ocupado, função desempenhada, necessidade de maior exposição pessoal no desempenho de suas atividades etc), considerando que à medida que cresce a exposição e a notoriedade do indivíduo, diminui-se seu espaço de reserva de privacidade.

Entende-se, assim, que o fato de o servidor público ser considerado, regra geral, uma pessoa pública constitui mais um importante elemento que permite pressupor que o âmbito de proteção efetivo de seu direito à privacidade é menor do que o do empregado privado.

2.9. Os poderes do "Estado-empregador"

Como já analisado, a organização administrativa se funda, via de regra, na hierarquia, que se caracteriza, em seu aspecto ativo, pela supremacia de um órgão sobre a atividade dos restantes e, em seu aspecto passivo, pela inerente subordinação destes últimos órgãos, expressada pelo dever de obediência. Ou, de forma simples, a organização hierárquica pode ser resumida em duas características: supremacia dos órgãos superiores e dever de obediência dos órgãos subalternos.

Do aspecto ativo da hierarquia decorrem alguns poderes ao superior hierárquico (como o poder de direção ou o poder de controle), os quais inclusive, em alguma medida, aproximam-se dos poderes de controle e disciplinar dos empregadores privados. Esses poderes do superior hierárquico são conferidos exatamente para garantir que aqueles fins da atuação estatal - no limite, o atingimento do interesse público, mas também a observância de todos os bens e valores constitucionalmente protegidos e que fundamentam a relação

funcional - sejam alcançados e conservados. Tais poderes já foram analisados com mais vagar na segunda parte deste estudo.

No entanto, ainda que se trate de uma relação de sujeição especial e, principalmente, considerando a reabilitação democrática do instituto, é até intuitivo concluir que a posição de especial superioridade da Administração na relação funcional não torna ilimitados os poderes a serem exercidos, pelos superiores hierárquicos - que, nesse caso, personificam o papel da Administração superior -, sobre as atividades dos servidores públicos.

Com efeito, assim como ocorre no âmbito privado com relação aos poderes empregatícios, os poderes do superior hierárquico ou, de forma mais ampla, o controle interno estatal experimentam alguns limites, dentre os quais: (i) os direitos fundamentais dos servidores públicos, (ii) a finalidade do controle, (iii) a regra da proporcionalidade, (iv) o objeto do controle; e (v) a observância dos princípios da legalidade, da transparência e da boa-fé.

O primeiro desses limites é representado, pois, pelos direitos fundamentais dos servidores públicos, que reclamam uma conformação do poder de controle para que poderes e direitos possam se harmonizar na prática, evitando que um enfraqueça sobremaneira ou mesmo elimine o outro. Não custa lembrar que muito embora o próprio poder de controle estatal se fundamente em bens e valores constitucionalmente tutelados, o princípio da unidade constitucional determina que se proceda a uma harmonização entre esses bens e valores caros à Administração Pública e os direitos fundamentais dos servidores públicos, especialmente em razão de não haver hierarquia entre as normas constitucionais.

O poder de controle também está circunscrito à finalidade do controle interno - neste ponto, entretanto, diferencia-se essencialmente do controle empregatício, em razão de a finalidade do controle interno no âmbito público possuir, ao menos em tese, uma maior amplitude do que no âmbito privado. Com efeito, como já se argumentou ao longo deste estudo, tem-se entendido que o controle interno estatal veio adquirindo novos contornos nas últimas décadas, devendo ser encarado, atualmente, como um controle interno voltado à integridade pública, abrangendo o controle hierárquico (mais aproximado do controle empregatício, por abranger também aspectos de organização da atividade administrativa e do bom funcionamento da máquina pública), o autocontrole, o controle disciplinar e correicional e o controle ético.

Além disso, o poder de controle interno estatal deve observar a regra da proporcionalidade - considerando seu alto potencial de afetação dos direitos fundamentais dos servidores públicos, as medidas de controle adotadas devem se mostrar efetivamente indispensáveis para salvaguarda do bem ou valor administrativo que pretenda proteger, bem como devem ser utilizadas aquelas que, atingindo os objetivos propostos, sejam menos restritivas aos direitos fundamentais dos servidores públicos. Noutro giro, é possível afirmar que o poder de controle interno estatal, assim como o poder de controle do empregador

privado, encontra-se limitado pelo método e pelo modo de controle, os quais devem ser adequados tanto à finalidade do controle quanto à proteção do núcleo essencial do direito do servidor público que for atingido com a atuação estatal.

O poder de controle interno estatal - e, em especial, o controle de conduta - também se limita, via de regra, pelo objeto de controle: de fato, *a priori*, tal controle se circunscreve ao âmbito da relação funcional, a atos praticados em razão da atividade administrativa. De fato, o controle de conduta, na vertente específica do controle disciplinar, apenas atinge atos da vida privada do servidor público se: (i) a conduta praticada pelo servidor guardar algum tipo de pertinência com as específicas atribuições do seu cargo ou, no mínimo, evidenciar que o agente está moralmente impossibilitado de prosseguir no desempenho de suas específicas atribuições administrativas¹⁰³⁴; (ii) tiver causado prejuízos às suas atribuições funcionais ou à própria Administração Pública; e (iii) ficar demonstrada a relação direta entre a referida conduta ilícita e esses prejuízos. Por outro lado, o controle de conduta, na vertente do controle ético, parece tomar proporções mais abrangentes, nos termos do disposto no item I do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto nº 1.171/94): "a dignidade, o decoro, o zelo, a eficácia e a consciência dos princípios morais são primados maiores que devem nortear o servidor público, seja no exercício do cargo ou função, *ou fora dele*, já que refletirá o exercício da vocação do próprio poder estatal."

¹⁰³⁴ CARVALHO, **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância**, ebook. O autor ainda adverte que a apreciação da repercussão administrativa da conduta da vida privada do servidor público deve se cercar de muita cautela e ponderação, só sendo possível se falar em responsabilidade administrativa em casos inquestionáveis de prejuízo para a atividade funcional ou o para prestígio direto do funcionário em face das atribuições específicas de seu cargo, prejudicadas pela ação consumada no âmbito particular. Por fim, arremata: "É a ofensa à moralidade profissional, a indignidade estritamente associada às atribuições funcionais, que deve ser considerada para ensejar o juízo probatório implicante de responsabilidade administrativa, não a violação de comportamento referente à qualidade de pai, tutor, marido, condômino, no que tange à vida íntima, privada, às relações sociais reservadas do funcionário. A responsabilidade disciplinar deve ser associada à incontinência de conduta funcional ou ao ato da vida privada, cujo cometimento torne incompatível o desempenho das atribuições administrativas pelo servidor público desregrado. (...) Cumpre perquirir: a prática desse procedimento habitual ou mesmo isolado inviabilizou por completo a possibilidade de o servidor exercer suas atribuições funcionais, comprometidas em sua credibilidade e honorabilidade de forma sobremodo grave, a ponto de se exigir a expulsão do acusado do serviço público? Há processos cíveis de indenização de danos morais e materiais, juízos de família, mesmo processos criminais, afora a censura social, de conteúdo moral, contra a atitude reprovável da vida privada, todavia, não se deve trazer para a via administrativa comportamento alheio inteiramente às funções oficiais e que não revele sobretudo direto comprometimento da dignidade do cargo." No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro (**Direito administrativo**, ebook) adverte que "É verdade que a vida privada do funcionário, na medida em que afete o serviço, pode interessar à Administração, levando-a a punir disciplinarmente a má conduta fora do cargo. Daí alguns estatutos incluírem, entre os deveres funcionais, o de "proceder na vida pública e privada na forma que dignifique a função pública" e punirem com demissão o funcionário que "for convencido de incontinência pública e escandalosa". Pela mesma razão, alguns consideram que o "procedimento irregular", punível com demissão, pode abranger o mau procedimento na vida privada ou funcional. (...) Entendendo coerente essa posição, quer-nos parecer que a má conduta na vida privada, para caracterizar-se como ilícito administrativo, tem que ter, direta ou indiretamente, algum reflexo sobre a vida funcional, sob pena de tudo, indiscriminadamente, poder ser considerado "procedimento irregular" e ensejar demissão."

Além disso, o poder de controle estatal está cerceado pela inafastável necessidade de observância dos princípios da legalidade, da transparência e da boa fé - no entanto, essa necessária submissão, ao mesmo tempo que delinea o poder de controle interno estatal, empodera-o, e, especialmente na vertente do controle de conduta, acaba por distanciá-lo do poder empregatício privado, avançando de forma mais intrusiva no direito fundamental à privacidade dos servidores públicos, como será demonstrado adiante.

2.10. Diretrizes gerais para a conformação do conflito entre o direito à privacidade do servidor e o controle de conduta no espaço laboral público

Assim, e considerando todo o exposto, parece ser possível, enfim, traçar algumas diretrizes com o intuito de tentar vislumbrar o âmbito de proteção efetivo do direito à privacidade do servidor no espaço laboral público, designadamente ante ao controle de conduta estatal.

De início, é necessário esclarecer que a proposta apresentada aqui não é a de delimitação de um possível âmbito de proteção definitivo do direito à privacidade frente ao controle de conduta, até porque, a partir da teoria adotada neste estudo (dos direitos fundamentais enquanto princípios, de Robert Alexy), isso só seria possível no caso concreto, considerando todas as circunstâncias e peculiaridades envolvidas, a partir do sopesamento entre os eventuais bens ou direitos em conflito. Dessa forma, o raciocínio que se pretende empreender aqui é o de apresentar algumas diretrizes gerais que, entende-se, devem ser consideradas no processo de ponderação e de definição, em cada caso, do que está ou não está protegido pelo direito à privacidade do servidor público ou do que é ou não permitido ao Estado fazer no âmbito de seu poder de controle, na vertente do controle de conduta, sem violar o direito à privacidade de seus servidores públicos.

À partida, portanto, parece cabível dar início às reflexões considerando a citada teoria dos direitos fundamentais enquanto princípios bem como a aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito da relação funcional: como exposto, ainda que se parta da ideia de um suporte fático amplo do direito à privacidade, o âmbito de garantia efetivo de tal direito fundamental só é passível de ser conhecido após a análise das intervenções estatais que lhe sejam destinadas no caso concreto. Ou seja, o âmbito de proteção definitivo só se revela após reconhecidas as intervenções estatais (legítimas, constitucionalmente fundamentadas) que incidem no âmbito de proteção *prima facie*. **No caso específico deste estudo, é possível, pois, considerar o controle estatal e, especificamente, o controle de conduta, como uma espécie de intervenção estatal que incide sobre o direito à privacidade do servidor público no ambiente laboral público, lembrando que, sendo a relação funcional uma espécie de relação de sujeição especial, é possível que, em seu âmbito,**

seja conferido um tratamento especial à liberdade e aos direitos fundamentais do servidor público, de forma a adequá-los aos fins típicos da relação funcional.

Dito isso, pois, e considerando que a orientação seguida foi de uma análise que considere a comparação do âmbito de proteção do direito à privacidade no espaço laboral público e no espaço laboral privado, passa-se a minudenciar os elementos que se colocam em evidência para as reflexões propostas: o direito fundamental (o direito à privacidade) e a intervenção estatal (o controle de conduta).

Pois bem, quanto ao primeiro elemento - o direito fundamental - é possível afirmar que, ao menos *a priori*, **todos os argumentos em prol da proteção do direito à privacidade e de seu âmbito de proteção *prima facie* no contexto laboral privado também se aplicam à sua proteção no contexto laboral público.** Dessa forma, a título de exemplo, em ambos os casos é possível argumentar que o direito à privacidade é um direito fundamental constitucionalmente garantido (ao qual, pois, se aplica a garantia reforçada das cláusulas pétreas), que se liga, em especial, à dignidade da pessoa humana, ao livre desenvolvimento da personalidade e à liberdade dos indivíduos, de forma que nenhuma situação ou relação jurídica é capaz de aniquilá-lo por completo (ainda que, como visto, possa restringi-lo, de forma proporcional aos fins que precisa cumprir); nesse sentido, repise-se, de forma geral, o fato de um indivíduo se inserir em determinada relação jurídica - pública ou privada, inclusive se uma das partes desta relação jurídica estiver em situação de superioridade jurídica ou econômica sobre a outra - não faz com que desapareça a proteção do direito fundamental à privacidade naquele âmbito, mesmo se essa relação for uma relação de sujeição especial.

Em suma, ao que parece, ***a priori*, não há maior dessemelhança no âmbito de proteção *prima facie* do direito à privacidade do empregado na relação laboral privada e do servidor público na relação laboral pública.**

Por outro lado, os argumentos capazes de justificar o poder de controle do empregador privado e do Estado-empregador também partem de uma base comum: (i) constituem ou abrangem um controle que se volta à atuação interna (de seus empregados / servidores em relação aos seus próprios atos), relacionado quase que exclusivamente à atuação do indivíduo na perspectiva profissional, laboral; (ii) fundamentam-se em uma ideia de hierarquia; (iii) justificam-se em função da necessidade de organizar a atividade a ser desempenhada, garantir que seja prestada de acordo com as diretrizes e os valores do empregador privado ou estatal; (iv) abrangem também aspectos éticos e disciplinares. Vale ressaltar, desde já, para que não restem dúvidas, que embora o poder empregatício não possa ser qualificado, é claro, como uma intervenção estatal, vale aqui o exame sob uma perspectiva comparada uma vez que, considerando tanto sua fundamentação constitucional quanto o efeito irradiante dos direitos fundamentais, o poder empregatício funciona, no âmbito da relação laboral privada, quanto a este aspecto específico, da forma aproximada (*mutatis*

mutandis) à forma como o controle de conduta atua no seio da relação funcional: como um elemento de contraposição do direito fundamental dos empregados privados, capaz de diminuir seu âmbito de proteção.

No entanto, como demonstrado pelos pressupostos indicados *supra*, existem diversos elementos que modificam o peso do controle de conduta na relação funcional, em comparação com a relação laboral privada. Com efeito, no âmbito da relação funcional (espaço laboral público):

- i. O controle de conduta é um poder-dever, enquanto que, na seara privada, é uma faculdade ou uma prerrogativa do empregador - a sua natureza de poder-dever, entende-se, representa um **peso maior** do controle no âmbito público, já que não se situa na esfera de livre disponibilidade da autoridade responsável por exercê-lo (ao contrário, caso se omita pode inclusive ser responsabilizada).
- ii. O controle de conduta tem como um de seus fundamentos normativos o princípio da tutela do interesse público - considerando que toda a organização administrativa se modula para promover o *cuidado dos interesses dos outros*, é possível concluir que o controle de conduta funciona como um instrumento para essa finalidade, de forma que é o próprio interesse público (fim da atuação estatal) que demanda que a atividade pública seja controlada não apenas quanto à legalidade e à eficiência, mas também em outros aspectos, como quanto aos objetivos a serem alcançados, à gestão dos negócios da sociedade e, especialmente, quanto à forma como tais objetivos devem ser buscados, o que deve ocorrer de maneira proba, íntegra, ética. Nesse sentido, *a priori*, essa vinculação com a tutela do interesse público confere ao controle de conduta no ambiente público um **peso maior** do que no ambiente laboral privado, visto que, como amplamente exposto, a tutela do interesse público é o fim último da atuação estatal.
- iii. O controle de conduta também tem como um dos seus fundamentos o dever de boa administração, uma vez que não há como existir uma boa administração sem um bom controle e, especificamente, sem um bom controle de conduta - de fato, o dever de boa administração impõe que a atuação estatal ocorra *de determinada maneira*, qual seja, de forma imparcial, íntegra, célere, responsável, transparente, funcionalmente adequada e estruturada, eficaz, com urbanidade e moldada à luz dos direitos fundamentais. O controle de conduta mostra-se apto a acompanhar a observância, pelos servidores, desses valores e ideais que estruturam axiologicamente a organização e o funcionamento da Administração Pública e a permitir a correção de eventuais desvios e a realização dos ajustes necessários na dimensão ético-funcional da boa administração, tendo-se em mente que o servidor público desempenha, perante os administrados, o papel de destinatário da expectativa social de boa

administração dos bens e serviços públicos. Nesse sentido, *a priori*, essa relação simbiótica com a boa administração, confere ao controle de conduta no ambiente público um **peso maior** do que no ambiente laboral privado.

- iv. O controle de conduta serve como instrumento de reforço da procedimentalização administrativa, gerando, com isso, um ambiente em que é mais fluida e natural a observância dos procedimentos desenhados para a atuação estatal, o que garante, além da observância das diretrizes da boa administração, maior segurança jurídica tanto para o administrado quanto para o próprio servidor, com relação à sua conduta em nome do Estado - tal contexto **agrega valor** ao controle de conduta no âmbito laboral público.
- v. O controle de conduta, submetido à devida transparência (ajustada a cada caso, a depender do tipo de controle e de procedimento), atua como instrumento de fortalecimento e de ampliação do controle social, garantindo à sociedade conhecimento mais claro e seguro sobre a atuação estatal (não limitado aos resultados, mas englobando inclusive a forma de alcançá-los, contribuindo, com isso, para robustecer a confiança na relação entre a sociedade e o Estado), fomentando debates sociais sobre a atuação administrativa, permitindo a participação social, impulsionando a pressão social para que sejam modificadas ou aprimoradas determinadas práticas, enfim criando o cenário necessário para que a sociedade cobre da Administração o fortalecimento do ambiente institucional como ambiente mais ético e íntegro - da mesma forma, tal contexto **agrega valor** ao controle de conduta no âmbito laboral público.
- vi. O dever de transparência estatal e o direito fundamental à informação dos administrados (inclusive o direito à informação administrativa), aliados ao fato de o servidor poder ser considerado uma pessoa pública em razão do cargo que exerce, também conferem um **peso maior** ao controle estatal, em especial ao controle de conduta.

Esse último ponto, no entanto, ainda merece ainda um (importante) desdobramento. Como exposto na primeira parte deste estudo, o direito fundamental à informação é formado por um complexo de direitos que são relacionados tanto com aquele que informa quanto com aquele que recebe a informação - uma *via de mão dupla* - compondo-se, no primeiro caso, pelos direitos ligados à transmissão da informação e à liberdade de expressão, e, no segundo caso, pelo direito de acesso à informação. Daí poder se afirmar que o direito fundamental à informação inclui os direitos de informar, de se informar e de ser informado, lembrando, inclusive, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece que tanto o aspecto ativo (transmitir informação) quanto o aspecto passivo (receber informação) do direito à informação são facetas da liberdade de expressão.

Pois bem. Ocorre que, muito embora seja inconteste que não existe hierarquia em abstrato (jurídica ou formal) entre normas constitucionais e, da mesma forma, que não existe hierarquia entre os direitos fundamentais, há um entendimento - já brevemente adiantado e ao qual esse estudo se filia - de que o direito à liberdade de expressão teria um precedência *prima facie* sobre os demais direitos ou, noutras palavras, de que a liberdade de expressão na democracia brasileira deve ser tratada como uma *liberdade preferencial*. Isso não significa, repise-se, uma hierarquização, mas uma transferência do ônus argumentativo para aquele que pretende afastá-la, já que, via de regra - por isso se diz uma liberdade preferencial - é a liberdade de expressão que deve prevalecer.

Ainda que não se encampe o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos - no sentido de que tanto a transmissão quanto o recebimento de informação são facetas da liberdade de expressão -, é inegável, como ficou demonstrado na primeira parte deste estudo, que o direito à informação e a liberdade de expressão possuem uma relação simbiótica; noutras palavras, apenas a título de argumentação, mesmo que não se considerasse que um engloba o outro, seria de se admitir que possuem uma ampla base de intersecção¹⁰³⁵. Dessa forma, não parece equivocado afirmar, dada essa ligação figadal (que pode mesmo fazê-las se tornar uma unidade), que a posição preferencial que se reconhece à liberdade de expressão também deve ser atribuída ao direito à informação¹⁰³⁶, pelos mesmo motivos já expostos e produzindo as mesmas consequências.

¹⁰³⁵ Veja-se, quanto a esse ponto, a doutrina de Konrad Hesse (**Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 303 a 305), ao tratar da liberdade de opinião (expressão que o autor entende englobar a liberdade de manifestação da opinião e a liberdade de informação, dentre outras liberdades comunicativas): "(...) o conceito de 'manifestação de opinião'. Ele expressa todas as manifestações que servem à formação de opiniões: não só o parecer próprio, seja ele aprovatório ou crítico, de índole fundamental ou não-fundamental, mas também a comunicação de fatos que, sem dúvidas, não está unida com nenhum parecer próprio, contudo, está determinada a possibilitar ou influenciar a formação de opinião. (...) O equivalente necessário para a liberdade de manifestação da opinião é a liberdade de informação, como base de formação da opinião democrática. (...) Porque a liberdade de informação é pressuposto da publicidade democrática; somente o cidadão informado está em condições de formar um juízo próprio e de cooperar, na forma intentada pela Lei Fundamental, no processo democrático." Cite-se, ainda, a lição de J. J. Gomes Canotilho e Jónatas E. M. Machado (Constituição e código civil brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas, *in*: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; SANTOS, Márcio Gil Tostes (Orgs.), **Constituição Brasileira de 1988. Reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário**, Curitiba: Juruá, 2014, p. 132): "A liberdade de expressão permite assegurar a continuidade do debate intelectual e do confronto de opiniões, num compromisso crítico permanente. Com essa qualidade, ela integra o sistema constitucional de direitos fundamentais, deduzindo-se do valor da dignidade da pessoa humana e dos princípios gerais de liberdade e igualdade, juntamente com a inerente exigência de proteção jurídica. A liberdade de expressão em sentido amplo é um direito multifuncional, que se desdobra num cluster de direitos comunicativos fundamentais (Kommunikationsgrundrechte) que dele decorrem naturalmente, como seja, por exemplo, a liberdade de expressão *stricto sensu*, de informação, de investigação acadêmica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiodifusão, de programação, de comunicação individual, de telecomunicação e comunicação em rede. As liberdades comunicativas encontram-se ainda associadas a outras liberdades, como a liberdade de profissão, a livre iniciativa econômica, de prestação de serviços e o direito de propriedade"

¹⁰³⁶ Cite-se trecho do voto da Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 4815 (ADI 4815, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno,

E, reconhecendo-se essa posição de primazia, portanto, cria-se uma presunção em favor da direito à informação no processo de ponderação, a qual determina que, *a priori*, as colisões com outros direitos, bens e valores constitucionais devam ser resolvidos a favor do direito à informação, o que, no entanto, não quer dizer que o direito à informação seja ilimitado - além da necessidade de harmonização para a proteção de outros direitos fundamentais, são perfeitamente possíveis restrições ao referido direito fundamental com a finalidade, por exemplo, de salvaguarda da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou da moral públicas, desde que sejam observadas as regras gerais referentes à restringibilidade dos direitos fundamentais e os princípios de uma sociedade democrática. Ou seja, repita-se: caso exista conflito entre o direito à informação e algum destes bens ou direitos, a solução deve ser encontrada no caso concreto, por meio de processo de sopesamento e observando-se a regra da proporcionalidade, reconhecendo-se, entretanto, como um norte para a interpretação, um maior ônus argumentativo para se afastar o direito à informação do que para mantê-lo, em razão de sua posição preferencial. E, no mesmo sentido, também se mostram suspeitas todas as medidas que tentem restringir a liberdade de informação, medidas estas que deverão, portanto, ser submetidas a um controle ainda mais rigoroso, no qual exista uma espécie de inversão da presunção da constitucionalidade das normas restritivas e se atribua um ônus argumentativo especialmente elevado para justificá-las.¹⁰³⁷

Daí se entender que o direito à informação - e, de forma ainda mais específica, o direito à informação administrativa ou à informação pública - reforçado pelos demais argumentos já apresentados, desloca de forma definitiva, em razão de sua posição preferencial no processo de sopesamento, o ônus argumentativo para o afastamento do direito à informação, conferindo, portanto, como já exposto, maior peso e agregando valor à atividade de controle estatal.

Dessa forma, entende-se que o controle de conduta no ambiente laboral público, embora se estruture basicamente sob as mesmas justificativas que o controle empregatício, traz consigo fundamentos outros que lhe aumentam peso e agregam valor, quando comparado com o controle empregatício. Ou seja, **o principal ponto de diferenciação dos cenários público e privado, ao que parece, é o fato de existirem diversos elementos que reforçam o peso e o valor do controle de conduta no âmbito laboral público, de forma que, em um processo de sopesamento, tal controle de conduta adquire, à partida,**

julgado em 10/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016): "Liberdade desinformada é algema mental transparente, porém tão limitadora quanto os grilhões materiais. A corrente da desinformação não é visível, mas é sensível na cidadania ativa e participativa. Como em Brecht, o pior analfabeto é o analfabeto político. O direito de ser informado é a garantia da superação do analfabetismo político."

¹⁰³⁷ Nesse sentido, veja-se novamente o voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 4815, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016

potencial mais restritivo do direito fundamental à privacidade do que o poder de controle empregatício no âmbito da relação laboral privada (mas, repise-se, diz-se apenas à partida, uma vez que as circunstâncias do caso concreto podem propender à valoração do direito à privacidade do servidor público, ultrapassando, em peso e valor, os argumentos e fundamentos em prol do controle de conduta).

A título ilustrativo - com o intuito de demonstrar a viabilidade dessa análise e sua plausibilidade jurídica - entende-se que o que ocorre quanto ao controle de conduta no âmbito da relação funcional é *mutatis mutandis* bastante aproximado do que se dá nas organizações "de tendência", ou seja, naquelas organizações ideologicamente orientadas, do ponto de vista religioso, político, sindical ou outro, em relação às quais parte da doutrina considera que, em virtude do seu caráter peculiar, alguns direitos fundamentais – como a privacidade – devem ser limitados. Isso porque, nesses casos, há algumas hipóteses em que o cumprimento da prestação laboral se identifica com a realização dos fins e dos ideais em que a organização se inspira, de forma que seriam admitidas algumas limitações acrescidas na vida privada e nas liberdades ideológicas e de expressão dos empregados desse tipo de organização.¹⁰³⁸

Diante de todo o exposto, eis o cenário que se apresenta:

- i. No ambiente laboral público, o direito à privacidade do servidor público, via de regra, tem âmbito de garantia efetivo mais comprimido do que o direito à privacidade do empregado no ambiente laboral privado;**
- ii. À partida, a relação funcional é uma relação de sujeição especial, que permite, portanto, uma conformação do referido direito fundamental, funcionalizando-o ao cumprimento das finalidades institucionais e administrativas - essa conformação de direitos dos servidores públicos é diferente (mais intensa) do que as que normalmente ocorrem em outras relações de sujeição geral e, com mais razão, em relações laborativas privadas;**
- iii. O controle de conduta exercido pelo Estado, embora possua praticamente os mesmos fundamentos basilares que o controle empregatício, traz consigo alguns outros elementos, que aumentam seu peso e lhe agregam valor, quais sejam: tem a natureza de poder-dever (não se inserindo no espaço de livre disposição da autoridade administrativa), fundamenta-se na tutela do interesse público e na boa administração (logo, tem justificativa constitucional reforçada),**

¹⁰³⁸ Nesse sentido: ABRANTES, **Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho: em especial, a reserva da intimidade da vida privada (algumas questões)**. Adiante, o autor acrescenta ainda que "a aceitação desse conceito de organizações de tendência, que aparece como lógica no contexto de uma sociedade pluralista, não poderá, segundo cremos, conduzir ao extremo de deixar sem qualquer protecção os direitos dos seus trabalhadores, devendo, no fundo, valer os mesmos critérios antes mencionados – ou seja, a ideia de que as restrições aos direitos de personalidade do trabalhador respeitem os princípios de harmonização de direitos fundamentais, não podendo, sob pena de contrariar o art. 18.º, n.º 2, da CRP, revelar-se desnecessárias, inadequadas ou excessivas."

atua como elemento de fomento à procedimentalização administrativa e ao controle social e à participação democrática e, principalmente, tem como baldrame o direito à informação administrativa dos indivíduos, a qual, entende-se, é uma liberdade preferencial;

- iv. Por outro lado, o direito fundamental à privacidade do servidor público e do empregado privado possuem, aparentemente o mesmo âmbito de proteção *prima facie*;
- v. Considerando que o controle de conduta exercido pelo Estado pode representar uma intervenção no direito fundamental à privacidade do servidor público, o fato de se lhe reconhecer, à partida, peso e valor agregado, inclusive com justificativa constitucional reforçada, faz com que o potencial restritivo desta atuação estatal seja maior do que aquela que possa ser efetuada pelo empregador na relação laborativa privada;
- vi. Isso não quer dizer, entretanto, que exista, no caso, um princípio da supremacia que garanta que o controle estatal sempre vá restringir o direito à privacidade dos servidores públicos, de forma que invariavelmente prevaleça o cumprimento da finalidade institucional do controle de conduta - significa apenas que, em comparação com o que ocorre no âmbito da relação empregatícia privada, exige-se um maior ônus argumentativo para fazer prevalecer a proteção da privacidade frente à atividade de controle de conduta, sempre que o direito à privacidade do servidor puder embaraçar ou obstaculizar o cumprimento das finalidades institucionais daquele tipo de atuação estatal.

Por todo o exposto é que se entende possível afirmar que, *a priori*, o âmbito de proteção efetivo do direito fundamental à privacidade do servidor público no ambiente laboral público é (*tende a ser*) mais comprimido do que o âmbito de proteção efetivo do direito à privacidade do empregado, na relação de emprego privada.¹⁰³⁹

¹⁰³⁹ Tal conclusão, ademais, tem como inspiração a análise de Alexy (**Teoria dos direitos fundamentais**, p. 300 e 301) sobre a teoria absoluta do núcleo essencial (mencionada na segunda parte deste estudo), no sentido de não ser possível assegurar a inexistência de razões que indiquem a prevalência da privacidade em contraposição com o controle de conduta (quando a privacidade possa obstaculizar o alcance dos fins institucionais do controle), mas apenas que, via de regra, é menos usual que tal aconteça - isso porque quanto mais restringido um princípio é, mais resistente ele fica, de forma que, nesses casos, a força da razão contraposta tem que crescer de forma substancial para prevalecer, daí ser possível se dizer que existem condições sob as quais é possível afirmar, com grande segurança, que nenhum princípio colidente prevalecerá. Mas isso é apenas uma perspectiva do que geralmente acontece, apoiada na relação entre os princípios envolvidos, que não permite excluir uma situação em que os princípios contrapostos prevaleçam - a partir de uma perspectiva de direito constitucional não se admite a existência de direitos que não são relativizados nem mesmo sob circunstâncias mais extremas.

Exposta, portanto, a tese objeto central deste estudo, passa-se a analisar os efeitos deste entendimento nos elementos do controle de conduta: o controle comportamental, o controle disciplinar e o controle ético.

CAPÍTULO III. ENFIM, A CONFORMAÇÃO PRÁTICA ENTRE O CONTROLE DE CONDOTA E A PRIVACIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Definido o cenário de análise do direito à privacidade do servidor público em seu ambiente laboral frente ao controle de conduta estatal - constatado que o âmbito de proteção efetivo de tal direito fundamental *tende* a ser mais comprimido do que o âmbito de proteção efetivo do direito à privacidade do empregado privado, especialmente por razões de interesse público, de boa administração e, de forma principal, pela posição preferencial do direito fundamental à informação administrativa do qual são titulares todos os administrados -, este último capítulo destina-se a analisar, considerando exemplos concretos, algumas hipóteses em que o controle de conduta pode conflitar com o direito à privacidade do servidor público e apresentar algumas diretrizes de como tal embate pode ser analisado.

Utiliza-se como parâmetro, repete-se, a concepção de controle de conduta proposta anteriormente, qual seja: uma espécie de controle interno em sentido estrito (realizado pelo Estado-Administração em relação aos seus próprios atos e atividades) voltado à integridade pública, cujo principal foco é a conduta dos servidores públicos. É que, como amplamente exposto, são os servidores públicos que, em regra, ao fim e ao cabo, executam as funções administrativas na prática, impulsionam os processos, realizam os procedimentos necessários para dar cumprimento à tutela do interesse público, em suma, materializam e tornam presente o Estado. E, como é sabido, em virtude do dever de boa administração, ao Estado não basta simplesmente atuar, sendo necessário que tal atuação, atrelada à tutela do interesse público, ocorra de *determinada maneira*: íntegra, proba, ética. Ou seja, não é (mais) suficiente que o Estado demonstre bons resultados - efetivos, eficientes, proporcionais, econômicos etc - sendo necessário evidenciar que o processo de obtenção destes resultados se deu de forma legítima, ética, proba, íntegra. Nesse sentido é que, além de controlar o gasto das verbas públicas e o uso dos bens públicos de acordo com os interesses da sociedade, além de fiscalizar a correção dos processos e dos procedimentos, parece importar sobremaneira ao Estado saber como tudo isso se materializa - isto é, se no *iter* trilhado para se chegar àqueles resultados, os agentes públicos observaram tanto as diretrizes de gestão quanto, especialmente, os deveres funcionais, os deveres éticos, se atuaram de acordo com os valores de integridade. E tal atividade de controle, como exposto, pode acabar conflituando com o direito fundamental à privacidade dos servidores públicos.

Neste último capítulo não se pretende, por óbvio, nem esgotar as possibilidades de colisão entre o direito à privacidade dos servidores e o controle de conduta estatal - o que fugiria do escopo deste trabalho além de ser um objetivo um tanto inverossímil, dadas as inúmeras possibilidades que deveriam ser cogitadas - nem apresentar soluções definitivas para os embates analisados, uma vez que, como amplamente exposto ao longo deste estudo, tal análise deve ser realizada no caso concreto, considerando todas as particularidades que envolvam cada situação, por meio de processo de ponderação que observe a regra de proporcionalidade. O que se propõe nesse ponto, portanto, é trazer à tona algumas situações práticas em que potencialmente o referido conflito deverá ser enfrentado e apresentar reflexões e eventuais diretrizes sobre a condução desse processo de sopesamento.

Essa análise será realizada considerando dois momentos do controle de conduta: (i) o controle preventivo, ou seja, aquele realizado antes da ocorrência de qualquer irregularidade funcional ou ética, de qualquer quebra de integridade, visando, exatamente, evitar que elas ocorram, representado nesse estudo pelo controle comportamental; e (ii) o controle repressivo, isto é, aquele realizado após a ciência da prática do ilícito, representado nesse estudo pelo controle disciplinar e pelo controle ético. Passa-se, pois, às reflexões propostas.

1. O CONTROLE COMPORTAMENTAL E O DIREITO À PRIVACIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO

1.1. Potenciais medidas de mitigação de riscos para a integridade pública

Neste primeiro ponto, pois, propõe-se analisar algumas potenciais colisões entre o direito à privacidade do servidor público e o controle comportamental, considerando um dos pilares dos programas de integridade pública: o processo de gestão de riscos à integridade.

Como já exposto, o processo de gestão de riscos, em suma, visa mensurar os riscos a que o órgão ou ente está exposto e definir quais as estratégias devem ser adotadas para lidar com esses riscos de forma a mantê-los compatíveis com o "apetite a risco" e a conferir maior segurança ao cumprimento da missão e dos objetivos institucionais. No caso específico da gestão de riscos à integridade, consideram-se não apenas os riscos relacionados à fraude e corrupção, mas todos riscos de ocorrência de **"quebras de integridade"** em sentido amplo, englobando, por exemplo, atos como abuso de poder, nepotismo, conflito de interesses, uso indevido e vazamento de informação sigilosa e práticas antiéticas.¹⁰⁴⁰

¹⁰⁴⁰ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, **Guia prático de gestão de riscos para a integridade**, Brasília: Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, 2018, p. 9.

Para realizar a gestão de riscos, inicialmente, realiza-se a identificação dos riscos¹⁰⁴¹ por meio do estudo dos processos de trabalho do órgão ou ente público buscando identificar os "gargalos de riscos à integridade", ou seja, as fragilidades existentes na prestação daquela atividade pública que possam facilitar a ocorrência de atos antiéticos, de fraude, de corrupção ou atos que, de forma geral, sejam caracterizados como quebras de integridade, bem como para indicar as causas e as consequências dos riscos identificados¹⁰⁴². Essa primeira análise serve para identificar os *riscos inerentes*, que são os riscos a que o ente público está exposto sem considerar quaisquer ações gerenciais que possam reduzir a probabilidade de sua ocorrência ou seu impacto¹⁰⁴³ (ou seja, sem considerar a existência de medidas mitigatórias). Em seguida, busca-se identificar as medidas de controle já adotadas pelo ente público com vistas a minorar aqueles riscos, para, então, chegar-se aos *riscos residuais*¹⁰⁴⁴ - são esses os riscos que ainda demandam análise e tratamento pela equipe de integridade. É essencial que essa identificação dos riscos à integridade seja realizada de forma ampla e mais próxima possível da realidade e das dificuldades vivenciadas pelos órgãos e entes públicos, já que uma das condições indispensáveis para que o programa de integridade seja efetivo é exatamente esse enfrentamento da realidade.

Após a identificação, passa-se à análise dos riscos, promovendo-se sua categorização quanto à chance de ocorrerem (a probabilidade de sua materialização) e, caso ocorram, ao prejuízo que poderão causar (o impacto da sua materialização). Noutras palavras, os riscos são categorizados a partir de uma análise de probabilidade *versus* impacto ("nível de risco"), o que, via de regra, se dá a partir do seguinte *iter*: (i) analisa-se o nível dos riscos inerentes; (ii) examina-se o efeito e a efetividade das medidas de controle na mitigação desses riscos; e (iii) analisa-se e categoriza-se os riscos residuais.

Em seguida, realiza-se a avaliação dos riscos, ou seja, confronta-se o resultado da análise de riscos com o "apetite a risco"¹⁰⁴⁵ daquele órgão ou ente público, para se verificar

¹⁰⁴¹ Nos termos da ABNT NBR ISO 31000:2009 (normas de referência para gestão de riscos no Brasil), a identificação de riscos é o processo de busca, de reconhecimento e de descrição de riscos, que envolve a identificação das fontes de risco (elementos que, individualmente ou combinados, têm o potencial intrínseco para dar origem ao risco), eventos (ocorrência ou mudança em um conjunto específico de circunstâncias), suas causas e suas consequências (resultado de um evento que afeta os objetivos) potenciais, podendo englobar dados históricos, análises teóricas, opiniões de pessoas informadas e especialistas, e as necessidades das partes interessadas.

¹⁰⁴² No âmbito português e em sentido aproximado, veja-se a Recomendação nº 1/2009, do Conselho de Prevenção da Corrupção.

¹⁰⁴³ Conforme artigo 2º, XIV da IN MP/CGU nº 01/2016.

¹⁰⁴⁴ O artigo 2º, XV da IN MP/CGU nº 01/2016 define risco residual como "risco a que uma organização está exposta após a implementação de ações gerenciais para o tratamento do risco".

¹⁰⁴⁵ Segundo inciso II do artigo 2º da IN MP/CGU nº 01/2016, apetite a risco é o nível de risco que uma organização está disposta a aceitar. De acordo com a Controladoria-Geral da União (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, **Guia prático de gestão de riscos para a integridade**, p. 36), "o apetite a riscos pode ser único para toda a organização ou variar em função de critérios definidos

se o nível de risco apurado é aceitável ou tolerável ou se, ao contrário, será necessário adotar medidas para eliminá-lo ou mitigá-lo.

Por fim, são definidas medidas de mitigação de riscos (controles), com a finalidade de modificar o nível de risco encontrado, as quais podem envolver, por exemplo: (i) a ação de evitar o risco, por meio da interrupção (ou não introdução) da atividade que lhe dá origem; (ii) a assunção do risco; (iii) a remoção da fonte de risco; (iii) a alteração da probabilidade de ocorrência; ou (iv) a alteração das consequências.¹⁰⁴⁶ De forma mais simples: o ente público deverá definir, de acordo com seu apetite a risco, as respostas que dará aos riscos identificados - quais sejam: aceitar, transferir, mitigar ou evitar o risco - para adequá-los ao seu apetite a risco.

E é nesse contexto de estabelecimento de mecanismos para lidar com os riscos à integridade que podem conflitar o controle de conduta estatal e os direitos fundamentais dos servidores públicos. Com efeito, tratando-se de órgãos ou entes públicos, é possível se pressupor que, via de regra, o apetite a risco não é alto. Assim, identificados os riscos residuais a que os servidores estão sujeitos, será necessário adotar medidas de controle para adequar tais riscos a um apetite a risco baixo ou muito baixo - essa adequação, via de regra, ocorrerá com medidas que buscam *mitigar* o risco, uma vez que parecem ser mais escassas as hipóteses em que será cabível a total eliminação do risco, especialmente por se tratar da execução de atividade pública cujos elementos, não raro, fogem, em sua completude, à discricionariedade ou à vontade do gestor. Dessa forma, via de regra, serão adotadas medidas com o intuito de reduzir a probabilidade de ocorrência do risco ou de minorar seus impactos ou consequências - são essas medidas, repise-se, que em um contexto de controle de conduta preventivo podem manifestamente conflitar com o direito à privacidade dos servidores públicos e com seu direito de proteção de dados pessoais.

Como exposto, a intenção aqui não é esgotar o tratamento do tema e nem apresentar uma solução definitiva para os eventuais embates entre o controle de conduta e o direito à privacidade do servidor público (entendido de forma ampla). O que se propõe é apresentar reflexões gerais sobre algumas medidas de controle que podem ser adotadas na mitigação de diversos riscos de quebras de integridade.

Em primeiro lugar, é necessário ter em mente que, como exposto, em inúmeras hipóteses tais medidas de controle poderão consistir em intervenções restritivas do direito à privacidade ou demandarão o tratamento dos dados pessoais dos servidores públicos. Nessas hipóteses, repise-se, será necessário realizar, considerando as circunstâncias do caso concreto, o sopesamento entre o direito à privacidade ou o direito à proteção de dados

– por exemplo, dependendo da categoria de riscos, do programa governamental correspondente ou da área da instituição envolvida".

¹⁰⁴⁶ Conforme ABNT NBR ISO 31000:2009.

pessoais ou ainda o direito à autodeterminação informativa do servidor público e a atividade de controle estatal, de forma a se estabelecer, em cada situação, qual deles deve prevalecer e, em sendo o controle estatal, em que medida ele poderá ser exercido.

Com efeito, algumas das medidas preventivas podem afetar diretamente o direito à privacidade dos servidores públicos, ou seja, adentrar aquela seara de informações que cabe ao indivíduo decidir se vai ou não compartilhar com os demais. E especificamente quanto a este ponto, cabe tecer algumas considerações sobre o uso de ferramentas eletrônicas no ambiente laboral (como e-mails, telefones celulares, notebooks, tablets, aplicativos de mensagens instantâneas, softwares, plataformas online, redes de internet etc) - que se propõe denominar aqui de "insumos funcionais ou profissionais" - as quais são colocadas, pelo Estado-empregador, à disposição dos agentes públicos para possibilitar e apoiar o exercício de sua atividade laboral.

À partida, destaca-se que, no âmbito privado, o parágrafo único do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)¹⁰⁴⁷, incluído pela Lei nº 12.551/2011, prevê a possibilidade de utilização de meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão do trabalho alheio, para fins de subordinação jurídica, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. De fato, além dos argumentos referentes ao controle empregatício de forma geral, são comumente citados para justificar, no âmbito privado, essa vigilância sobre os "insumos funcionais" promovida pelo empregador: (i) a propriedade dos meios de trabalho e dos citados "insumos profissionais", o que garantiria ao empregador a possibilidade de fiscalizar a forma como tais instrumentos têm sido utilizados pelo empregado (argumento que, no entanto, vem sendo redimensionado, dado que é cada vez mais comum que os empregados utilizem seus próprios meios - como computadores e celulares - para desenvolver suas atividades laborais, em um movimento denominado *bring your own device* - BYOD, o que, no entanto, não afasta a possibilidade de controle empregatício); (ii) a inexistência de razoável expectativa de privacidade¹⁰⁴⁸ do empregado com relação à utilização dos "insumos profissionais", uma vez que são concedidos com a específica finalidade de desempenho da atividade profissional (exceto quando o empregador expressamente consinta com o uso pessoal de tais insumos, o que limita substancialmente a possibilidade de monitoramento); (iii) a responsabilidade do empregador pela organização da força produtiva e, de forma correlata, o seu direito de

¹⁰⁴⁷ *Verbis*: "artigo 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

¹⁰⁴⁸ "Reasonable expectation of privacy" - expressão atribuída à opinião do juiz Harlan no caso *Katz v. United States*, de 1967.

fiscalizar a correta utilização dos meios colocados à disposição do empregado para realização de suas atividades; (iv) a possibilidade de queda de produtividade de empregados em razão da prática de atividades não relacionadas ao trabalho - muitas vezes extremamente dispersivas - por tempo excessivo; (v) a possibilidade de sobrecarga na rede ou do uso de espaços virtuais em razão de utilização indevida; (vi) o eventual uso irregular do ambiente digital (por exemplo, com acesso e disseminação de conteúdo impróprio), o que poderia abalar a imagem do empregador e mesmo gerar-lhe algum tipo de responsabilização perante terceiros; (vii) a segurança da empresa, uma vez que o uso inapropriado de tais ferramentas poderiam colocar em risco informações sigilosas do negócio ou mesmo sujeitar todo o sistema ao risco de vírus, hackers etc.¹⁰⁴⁹

Considerando que o âmbito de proteção efetivo do direito à privacidade dos servidores públicos tende a ser ainda mais restrito do que o dos empregados privados, entende-se que se parte da mesma *ratio* na análise referente ao âmbito laboral público. No entanto, tendo em conta as peculiaridades do regime funcional, acresce-se aos argumentos já apresentados, para justificar o monitoramento no âmbito do controle preventivo de conduta: (i) o fato de a relação funcional ser uma espécie de relação de sujeição especial, o que permite, como já demonstrado, uma atuação estatal mais intrusiva com relação aos direitos fundamentais dos servidores públicos (inclusive, o direito à privacidade e à proteção de dados); (ii) a inexistência de discricionariedade do gestor público no sentido de autorizar o uso pessoal de equipamentos, dispositivos e softwares funcionais, como será demonstrado adiante; (iii) a garantia de que os recursos públicos disponibilizados aos agentes públicos para exercício de suas atividades serão utilizados essencialmente para tal finalidade e não para atendimento de necessidades pessoais daqueles agentes públicos; (iv) a proteção da higidez e da segurança das comunicações e interações virtuais realizadas em nome do Estado; (iv) a salvaguarda da eficiência e da boa administração (como são os servidores públicos que tornam o Estado presente na vida prática, é de interesse público e faz parte do dever de boa administração que o Estado-empregador tenha controle da forma como a atividade pública vem sendo prestada por seus agentes, inclusive no que toca à utilização dos "insumos funcionais", especialmente num contexto de recursos limitados e com o intuito de prevenir a ocorrência de quebras de integridade).

Mas é necessário ter em conta que muitos desses softwares e dispositivos eletrônicos considerados como "insumos funcionais" estão também amplamente presentes na vida pessoal dos agentes públicos, sendo utilizados, por exemplo, para comunicações privadas, pesquisas pessoais, compras, estudos etc que, *a priori*, não dizem respeito às atividades profissionais dos indivíduos. Ocorre que, muitas vezes, essa utilização da tecnologia se

¹⁰⁴⁹ BARROS, **A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho**, p. 20 e 240.

embaralha: utilizam-se os insumos funcionais para fins privados e *gadgets* privados para fins funcionais, situação que deve ser tida em consideração no âmbito do controle de conduta, especialmente diante da peculiaridade da situação na seara da atividade pública.

Com efeito, no âmbito laboral privado existe uma ampla margem de liberdade do empregador no que toca à autorização do uso de tais "insumos profissionais" também para finalidades pessoais - fica a cargo do empregador privado (que é o responsável pelos meios de produção e, via de regra, quem despende recursos em sua aquisição e manutenção, os quais são inseridos nos custos da empresa) a livre fixação das regras referentes ao uso de tais instrumentos, conforme sua conveniência. Há que se ter em consideração, contudo, que, a autorização para uso pessoal dos insumos profissionais afeta substancialmente a forma como possa se dar o controle empregatício no âmbito privado, uma vez que, ao permitir tal uso, o empregador também propicia que o empregado crie uma legítima expectativa de privacidade quanto a essas atividades, o que, *a priori*, restringe sobremaneira o poder de intromissão do empregador.

No entanto, entende-se que o mesmo não acontece no ambiente laboral público. De fato, no âmbito público, os referidos "insumos funcionais" fornecidos pelo Estado-empregador aos seus agentes públicos nada mais são que espécies de bens públicos (tangíveis e intangíveis), que podem ser classificados como bens de uso especial ou, como sugere Maria Sylvia Zanella de Pietro, bens do patrimônio indisponível do Estado¹⁰⁵⁰, uma vez que estão afetados a um fim público. Dessa forma, entende-se não haver, ao menos a princípio, margem de discricionariedade para o gestor público na eventual autorização de uso dos referidos bens para finalidade pessoal, diferente, pois, do que acontece na relação laboral privada. Isso porque, por sua própria natureza de bens de uso especial, os "insumos funcionais", enquanto mantiverem sua afetação para o exercício da atividade pública, são bens cujo uso deve ocorrer expressamente com a finalidade de atendimento do interesse público e do serviço público, estando fora do comércio jurídico de direito privado, não se incluindo, portanto, na margem de discricionariedade do gestor público a alteração dessa característica, exceto por meio da desafetação dos referidos bens (ou seja, retirando-se-lhes a finalidade de instrumentalização da atividade pública).

Sendo assim, portanto, **via de regra, os "insumos funcionais" servirão exclusivamente para os fins da atividade pública, não se destinando a uso pessoal.** Mas, mesmo que assim seja, mostra-se uma boa prática de governança pública que o Estado-

¹⁰⁵⁰ DI PIETRO, **Direito administrativo**, *ebook*. Nas palavras da autora: "A expressão uso especial, para designar essa modalidade de bem, não é muito feliz, porque se confunde com outro sentido em que é utilizada, quer no direito estrangeiro, quer no direito brasileiro, para indicar o uso privativo de bem público por particular e também para abranger determinada modalidade de uso comum sujeito a maiores restrições, como pagamento de pedágio e autorização para circulação de veículos especiais."

empregador promova, em manuais de conduta, o esclarecimento aos servidores públicos quanto a estes aspectos relacionados ao uso dos insumos funcionais e o reforço à informação sobre essa restrição em eventuais termos de aceitação que os servidores públicos devam firmar quando receberem tais bens ou autorizações de acesso ou utilização de softwares, de redes etc para uso profissional.

No entanto, é necessário ainda considerar que, em razão da já exposta massificação do uso de tais instrumentos eletrônicos, entende-se um tanto ilusório imaginar que tal determinação de uso dos insumos funcionais exclusivamente para situações de trabalho será cumprida à risca por todos os agentes públicos - parece ser mais condizente com a realidade se considerar que, vez ou outra, de forma excepcional, tais instrumentos serão utilizados pelos agentes públicos para fins pessoais, o que pode ser denominado de "uso social" dos insumos funcionais.

Assim, esse "uso social" dos insumos funcionais parece merecer algum tipo de proteção jurídica. Especialmente quando se considera que, além do uso massificado fora do ambiente laboral, as novas tecnologias acabaram também por encurtar as fronteiras de espaço e de tempo entre a vida pessoal e a vida profissional, o que torna ainda mais irreal imaginar que os servidores públicos se desligam completamente de sua vida pessoal quando estão trabalhando. Por isso é que se entende que não é aconselhável (e nem factível) que o Estado-empregador seja extremamente rígido com relação ao uso pessoal dos bens ou insumos funcionais - ao contrário, como dito, vê-se a necessidade, para um bom e saudável ambiente de trabalho, que se tolere em alguma medida o "uso social" dos referidos insumos funcionais, o que também deverá constar do manual de conduta do órgão público, de forma a se garantir que os servidores públicos tenham ciência da excepcionalidade do uso pessoal. Ademais, também parece uma boa prática determinar que os servidores, quando possível, de alguma forma sinalizem a utilização pessoal de tais insumos funcionais (por exemplo, criando uma pasta no e-mail funcional denominada "pessoal" ou criando uma pasta no computador de trabalho com mesma indicação), de forma a se evitar que, em razão desse uso social tolerado, o Estado-empregador acabe acessando, de forma indevida, informações pessoais e privadas dos servidores públicos.

Por outro lado, as medidas de controle preventivo de conduta podem também se relacionar com o tratamento de dados pessoais dos servidores públicos - privados ou não¹⁰⁵¹.

¹⁰⁵¹ De fato, Aurelio Bonete e Ana Belén Ruiz (**Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo**, p. 90 e 91) afirmam que durante a execução do contrato de trabalho, existem três hipóteses principais de tratamento das informações pessoais do empregado pelo empregador - o que, entende-se, também pode se aplicar à relação funcional: (i) em razão de cumprimento de deveres legais (por exemplo, a retenção de imposto de renda na fonte ou o recolhimento de contribuição previdenciária, que demandam determinadas informações do empregado e de sua situação familiar); (ii) em virtude da própria atividade de gestão de pessoal na empresa (por exemplo, os dados para

Como já exposto, ainda que se entenda que, de forma ampla, o direito à proteção de dados possa integrar um extenso *cluster right* de privacidade, seu objeto é específico e diz respeito à ciência e ao controle do titular dos dados sobre a utilização de suas informações pessoais, inclusive sobre o uso de tais informações pelo Estado-empregador.

Com efeito, como exposto, o alto valor da informação para a sociedade contemporânea confere poder àqueles aptos a manejá-la: a coleta e o tratamento de uma grande quantidade de informações pessoais, por exemplo, podem criar situações de assimetria de informações (e, logo, de desequilíbrio de poder), permitir tratamentos automatizados, criação de perfis e, como consequência, produzir um ambiente facilitador para o tratamento discriminatório (especialmente quando é possível acessar a determinadas informações sensíveis sobre o titular dos dados, como suas convicções políticas, ideológicas, religiosas etc); por outro lado, a desinformação e impossibilidade de interferir nesse processo de coleta e de tratamento coloca os titulares dos dados em situação de vulnerabilidade, razão pela qual é necessário que se lhes destine proteção jurídica.

Dessa forma, nas hipóteses que se enquadram nesta análise, a tutela jurídica referente à proteção de dados visa garantir que os dados pessoais dos servidores - corretos, atualizados e precisos - só serão coletados pelo Estado-empregador na medida estritamente necessária para se alcançar as finalidades específicas e concretas do controle de conduta e serão tratados de forma transparente e vinculada àquela finalidade, salvaguardando-se a liberdade do indivíduo e o seu direito de saber efetivamente para que, por quanto tempo e quais de seus dados estão sendo coletados e tratados (buscando-se, pois, garantir que esse fluxo de informações possa corresponder às legítimas expectativas de seu titular). Pretende-se, assim, além de evitar possíveis situações de discriminação e atentatórias à liberdade individual, equilibrar minimamente a assimetria de poder sobre a informação que possa existir entre os servidores (titulares dos dados) e o Estado-empregador (que coleta, trata e usa esses dados, inclusive no controle de conduta).

Por todo o exposto é que, sempre que a medida de controle de conduta preventivo disser respeito ao tratamento de dados pessoais dos servidores públicos, alguns pontos devem ser considerados.

O primeiro é que, nos termos do artigo 5º, VI da LGPD, a responsável pelas decisões essenciais referentes ao tratamento de dados e pelo cumprimento das normas sobre proteção de dados (*controlador*) é a União Federal¹⁰⁵². Ocorre que a LGPD atribuiu aos órgãos públicos algumas obrigações típicas de controlador (como dar cumprimento aos deveres de

aplicação de medidas de promoção ou de medidas disciplinares); e (iii) para realizar prevenção dos riscos laborais, o que pode envolver o tratamento de dados sensíveis.

¹⁰⁵² No âmbito da Administração Pública indireta, como os entes têm personalidade jurídica distinta da União, aplicam-se-lhe as regras referentes a pessoas jurídicas.

transparência, atender às exigências da ANPD etc), o que sugere que tais atribuições devam ser distribuídas entre os principais órgãos da União que realizem tratamento de dados pessoais. No entanto, referidos órgãos não passam a exercer, em razão destas atribuições específicas, a função de controladores e nem mesmo a de operadores, uma vez que, pela sistemática da LGPD, o controlador e o operador devem ser pessoas distintas (e os órgãos não têm personalidade jurídica própria). Na realidade, a atribuição dessas obrigações específicas (típicas de controlador) aos órgãos públicos se dá em razão da complexidade das estruturas administrativas, da realização de tratamentos de dados para finalidades distintas pelos diferentes órgãos e em função das possíveis implicações práticas para os direitos dos titulares que essa realidade pode acarretar.

Sendo assim, entende-se que, sempre que for necessário, no âmbito do controle de conduta preventivo, promover o tratamento de dados pessoais dos servidores públicos, deverá ser acionado o controlador (que, nos termos do artigo 5º, inciso VI da LGPD é quem deve tomar as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais), para que participe do processo de instituição das medidas propostas, ou, no mínimo, seja acionada a autoridade do órgão público que exerça as atribuições típicas de controlador¹⁰⁵³. Considerando que o controle interno, o controle de conduta, a gestão de riscos de integridade e o próprio plano de integridade são espécies de obrigações legais dos órgãos públicos, via de regra, tal tratamento de dados poderá ser justificado, à partida, como tratamento para fins de cumprimento de obrigação legal.¹⁰⁵⁴ Mas, além disso, para que o tratamento de dados pessoais nesses casos seja legítimo, é necessário que haja indicação específica da finalidade a que se destina, não sendo suficiente, entende-se, apenas mencionar, por exemplo, que o tratamento se dará por motivos de "controle de conduta". Em razão disso é que se ressalta, com maior propriedade, a necessidade de participação do controlador no processo de

¹⁰⁵³ Entenda-se que, doravante, sempre que se fizer menção ao controlador, considera-se a possibilidade de que a atuação se dê por meio da autoridade do órgão público que exerça as atribuições típicas de controlador.

¹⁰⁵⁴ Com efeito, é possível se justificar o tratamento de dados nesse caso a partir do inciso II do artigo 7º, ou nos termos do artigo 11, inciso II, letra "a", bem como, de forma específica, na previsão do artigo 23, todos da LGPD - com efeito, a primeira norma prevê a possibilidade de tratamento de dados pessoais "para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador" e a segunda, de forma excepcional, autoriza o tratamento de dados pessoais sensíveis quando forem indispensáveis para o "cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador"; por fim, a última norma prevê que o Poder Público poderá realizar o tratamento de dados pessoais para o "atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público", casos em que não se exigirá o consentimento. Vale notar que, com relação ao tratamento de dados pessoais sensíveis, a LGPD e a RGPD não trazem previsões idênticas. Com efeito, enquanto a norma europeia proíbe, como regra, o tratamento das denominadas categorias especiais de dados pessoais, excepcionando, entretanto tal proibição em hipóteses específicas, a lei brasileira não traz tal proibição expressa, mas restringe a possibilidade de tratamento de dados pessoais sensíveis a hipóteses específicas.

instituição das medidas de mitigação de riscos de quebras de integridade que possam conter tratamento de dados pessoais.

É importante deixar consignado ainda que, na análise que se promoverá adiante, sempre que se concluir pela possibilidade de tratamento de dados pessoais dos servidores públicos pelo Estado-empregador como espécie de medida de controle para mitigação de riscos relacionados à integridade pública, deve-se considerar que a eventual sinalização positiva estará pressupondo que todos os direitos dos titulares dos dados serão respeitados (tais como o direito de ter acesso facilitado às informações sobre a existência do tratamento de dados, sobre o controlador e sobre a finalidade do tratamento, o direito de correção de dados inexatos etc) e que todos os princípios referentes ao tratamento de dados pessoais (boa-fé, finalidade, adequação, necessidade, livre acesso aos titulares, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas - previstos expressamente na LGPD, mas com semelhante expressão no âmbito europeu¹⁰⁵⁵) serão estritamente observados, além de ser elaborado o respectivo relatório de impacto à proteção de dados pessoais¹⁰⁵⁶, uma vez que o descumprimento destes pressupostos do tratamento regular dos dados pessoais já é motivo suficiente para que tal atividade estatal seja objetada.

Além disso, há ainda um ponto que é preciso destacar. Via de regra, o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, a partir da fundamentação jurídica citada *supra* (cumprimento de obrigação legal), poderá se dar sem o consentimento do titular dos dados - note-se que referido arcabouço em nenhum momento diferencia as atividades estatais relacionadas às relações de sujeição geral das referentes às relações de sujeição especial, de forma que, *a priori*, também se enquadram aí as hipóteses de tratamento de dados para o controle de conduta. Noutras palavras, ainda que, via de regra, o consentimento do titular dos dados - livre, específico para uma determinada operação de tratamento e uma determinada finalidade, inequívoco e informado (artigo 5º, inciso XII da LGPD) - seja o principal baldrame do sistema de proteção de dados (mostrando-se quase sempre essencial para possibilitar o tratamento dos dados pessoais), tal regra, a princípio, não se aplica ao tratamento de dados pessoais dos servidores públicos pelo Estado-empregador para o controle de conduta estatal - e isso ocorre porque parece irreal se imaginar que os servidores poderão consentir de forma

¹⁰⁵⁵ Previstos expressamente no artigo 6º da LGPD, em concepção semelhante à que ocorre no âmbito europeu, nos termos do artigo 5º do RGPD, que elenca como princípios: (i) licitude, lealdade e transparência; (ii) limitação das finalidades; (iii) minimização dos dados; (iv) exatidão; (v) limitação da conservação; (vi) integridade e confidencialidade; e (vii) responsabilidade.

¹⁰⁵⁶ Nos termos do art. 2º, inciso XVII da LGPD, o relatório de impacto à proteção de dados pessoais é a “documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco”.

inteiramente livre com esse tratamento¹⁰⁵⁷, seja porque, como uma relação de sujeição especial, a relação funcional confere uma ampla liberdade de conformação ao Estado-empregador, já que o direito à proteção de dados pessoais dos servidores públicos tende a ser mais comprimido do que em outras relações laborais. Assim, é que, em geral, nesses casos adquire ainda maior relevância o cumprimento do dever de informação, ou seja, o dever de o Estado-empregador cientificar o servidor público, de forma inequívoca e ostensiva, sobre a existência, a finalidade e os limites de tal tratamento de dados pessoais.

Por fim, importante ter em mente que ainda que se considere possível, nas hipóteses indicadas abaixo, que o Estado-empregador exerça o monitoramento preventivo de atividades dos servidores ou mesmo promova o tratamento de seus dados pessoais, isso não significa que tal atuação estatal possa se dar sem limites - além de eventuais requisitos específicos (peculiares de determinado tipo de monitoramento ou tratamento), devem ser respeitados os direitos dos servidores públicos, de forma que a eventual fiscalização estatal seja adotada na medida estritamente necessária para alcançar os fins desejados e que os direitos dos servidores públicos (à intimidade, à proteção de dados pessoais etc) sejam minimamente afetados. Ou seja, é necessário se verificar a proporcionalidade da medida a

¹⁰⁵⁷ Nesse mesmo sentido, o Grupo de Trabalho do artigo 29º para a Proteção de Dados (Orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, 2017, p. 6 a 8) previu que, com relação ao RGPD, "o considerando 43º indica claramente que é improvável que as autoridades públicas possam utilizar o consentimento para o tratamento quando o responsável pelo tratamento for uma autoridade pública, uma vez que existe frequentemente um desequilíbrio de poder na relação entre o responsável pelo tratamento e o titular dos dados. Na maioria dos casos, também é evidente que o titular dos dados não tem alternativas realistas a aceitar (as condições de) o tratamento realizado pelo seu responsável pelo tratamento. O GT29 considera que existem outros fundamentos legais em princípio mais adequados à atividade das autoridades públicas." Além disso, especificamente considerando a relação laboral - raciocínio que, *mutatis mutandis*, pode ser aplicado à relação laboral pública - afirmou que "Também ocorrem desequilíbrios de poder em contexto laboral. Atendendo à dependência que resulta da relação empregador/trabalhador, é improvável que o titular dos dados possa recusar ao seu empregador o consentimento para o tratamento dos dados sem que haja medo ou risco real de consequências negativas decorrentes da recusa. É improvável que um trabalhador responda livremente ao pedido de consentimento do empregador para, por exemplo, ativar sistemas de controlo como a observação do local de trabalho através de câmaras ou preencher formulários de avaliação, sem sentir qualquer tipo de pressão para dar esse consentimento. Por conseguinte, o GT29 considera problemática a questão de os empregadores procederem ao tratamento de dados pessoais dos seus trabalhadores atuais ou futuros com base no consentimento, uma vez que é improvável que esse consentimento seja dado de livre vontade. Relativamente à maior parte deste tratamento de dados no local de trabalho, o fundamento legal não pode nem deve ser o consentimento dos trabalhadores [artigo 6.º, n.º 1, alínea a)], devido à natureza da relação entre empregador e trabalhador". Mais recentemente e, no mesmo sentido, o Comitê Europeu para Proteção de Dados - CEPD (Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679, 2020, p. 10) ressaltou ser bastante duvidosa a possibilidade de um trabalhador consentir de forma livre com o tratamento de seus dados pessoais pelo empregador no âmbito da relação laboral, uma vez que, o desequilíbrio do poder existente no contexto laboral torna bastante improvável que o titular dos dados possa, na prática, recusar ao empregador o consentimento para o tratamento de seus dados pessoais, por receio de sofrer alguma consequência desvantajosa decorrente da negativa.

partir das circunstâncias do caso concreto, para se evitar quaisquer tipos de abusos ou ingerências indevidas nos direitos dos servidores públicos. Ademais, de toda forma, em homenagem à boa-fé e à transparência bem como em atenção à necessidade de se manter um ambiente saudável de trabalho (em que os servidores não tenham receio de eventuais monitoramentos ocultos ou clandestinos), entende-se necessário que o Estado-empregador sempre informe de maneira clara, ostensiva e com linguagem acessível sobre o que pode ser monitorado, sobre as regras de uso da internet, das comunicações eletrônicas, dos softwares, dos aplicativos, dos celulares, dos computadores etc.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se à análise de algumas medidas específicas de monitoramento no âmbito do controle de conduta preventivo que podem eventualmente conflitar com o direito à privacidade.

1.2. O monitoramento dos e-mails dos servidores públicos

Muito embora o e-mail pareça ter perdido parte de sua importância na comunicação funcional para os aplicativos de mensagem instantânea - que permitem também a troca de arquivos -, o correio eletrônico ainda é bastante utilizado no âmbito da Administração Pública brasileira. Dessa forma, a análise do monitoramento do e-mail dos servidores públicos ainda é necessária, considerando o contexto preventivo do controle de conduta.

Muito já se debateu sobre as formas de monitoramento dos e-mails dos empregados privados, admitindo-se, via de regra, que o exercício do poder de controle do empregador quanto aos *e-mails profissionais*, desde que haja identificação inequívoca dos envolvidos sobre a existência da fiscalização e de sua extensão (inclusive quanto à impossibilidade ou as regras de uso dos insumos profissionais para fins pessoais) e que tal monitoramento se guie pelo princípio da proporcionalidade, não devendo ultrapassar o necessário para o exercício do poder empregatício¹⁰⁵⁸ e buscando considerar sempre medidas que causem o menor impacto possível no direito à privacidade dos empregados monitorados.

Necessário verificar, portanto, se a regra é idêntica no caso do e-mail funcional dos servidores públicos.

¹⁰⁵⁸ Veja-se a doutrina de Teresa Coelho Moreira (**A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**, p. 430): "Os direitos à privacidade e à dignidade dos trabalhadores nunca podem ceder perante argumentos de maior produtividade ou maior eficácia. (...). Permitir que o empregador aceda ao conteúdo de todos os e-mails, aos sites visitados pelos trabalhadores, assim como a todos os seus gestos e conversas, cria cada vez mais um local de trabalho mecanizado, onde o trabalhador é visto como qualquer outro instrumento de trabalho, não muito diferente do computador que usa. E se é inquestionável que as empresas devem ser eficientes, dinâmicas e actualizadas, não é menos certo que esses objectivos não podem ser conseguidos à custa da dignidade dos trabalhadores."

À partida, cabe lembrar que, assim como o e-mail profissional no âmbito privado, o e-mail funcional não se equipara à correspondência pessoal protegida pelo inciso XII do artigo 5º da Constituição, por se caracterizar como um simples instrumento de trabalho de que se vale o servidor para o exercício de sua atividade pública - um "insumo funcional" -, cujas mensagens trafegam pelo sistema operacional da Administração Pública com finalidade exclusivamente funcional. E, sendo assim, entende-se que não há expectativa razoável e legítima de privacidade por parte do servidor público com relação ao seu e-mail funcional¹⁰⁵⁹.

Esse é, aliás, **o principal ponto de diferenciação entre o monitoramento de e-mails profissionais dos empregados privados e o monitoramento de e-mails funcionais dos servidores públicos**: é que, naquele primeiro caso, como fica a critério do empregador privado a permissão para que o empregado se valha dos insumos profissionais para fins pessoais (bem como a medida em que isso pode acontecer), é possível existir expectativa legítima de privacidade do empregado no uso do e-mail profissional, inclusive se a regulamentação interna da empresa não for suficientemente clara quanto aos limites do uso desse insumo profissional; já no caso do ambiente laboral público, entende-se que, como a autorização de uso pessoal não se encontra no espaço de livre discricionariedade do gestor por ser uma ferramenta funcional afetada para a atividade pública, **há uma presunção de que o uso do e-mail deva se dar estritamente para fins profissionais, não havendo, portanto, ao menos *a priori*, espaço para que exista legítima expectativa de privacidade dos servidores públicos em relação ao e-mail funcional**.

E muito embora se entenda que o Estado-empregador deva suportar - de forma excepcional - o uso social do e-mail funcional, entende-se que tal exceção deve ser interpretada de forma cada vez mais restrita, uma vez que, com o avançar e a popularização das novas tecnologias, é raro que um servidor público não tenha à mão um dispositivo pessoal (geralmente, o telefone celular) que lhe permita acessar seu e-mail pessoal para utilizá-lo para assuntos privados. Sendo assim, ao que parece, *a priori*, considerando a presunção de uso restrito apenas às atividades profissionais, a única restrição à atuação do Estado no monitoramento dos e-mails funcionais dos servidores diz respeito aos e-mails expressamente designados como pessoais ou particulares. Daí se reafirmar como uma boa prática de governança pública que os manuais de conduta e os programas de integridade contenham regras claras sobre a utilização dos e-mails funcionais pelos servidores e a possibilidade de seu monitoramento pelo Estado (salvo quando expressamente consignado de antemão tratar-

¹⁰⁵⁹ Andréa Letícia Carvalho Guimarães (O e-mail corporativo nas relações de trabalho, **Revista Trabalhista - Direito e Processo**, n. 31, p. 201 a 206, 2009; Tribunal Superior do Trabalho - Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.613/2000.013.10.00.7, publicado no Diário da Justiça de 10.06.2005) ressalta, inclusive, que, no âmbito trabalhista, tem se entendido que mesmo a senha de acesso ao e-mail tem finalidade não de evitar o acesso do empregador ao conteúdo dos e-mails, mas sim o acesso de terceiros - raciocínio que também pode se aplicar à seara pública.

se de e-mail pessoal), de forma a fundamentar o controle de conduta em bases de transparência e de boa-fé.

Importa destacar, ademais, que o que aqui se afirma é a possibilidade de monitoramento *preventivo* dos e-mails funcionais. Ou seja, independentemente de haver quaisquer indícios de prática de atividades irregulares pelos servidores ou de razões para se acreditar que foi praticada alguma infração funcional grave ou mesmo alguma infração penal, bastando, na verdade, que, no processo de gestão de riscos, tenha sido identificado que determinada atividade ou processo de trabalho submete o servidor público a um risco elevado de quebra de integridade¹⁰⁶⁰ e que, no caso concreto, esta medida é adequada à minoração de tal risco e passa pelo crivo da proporcionalidade.

Por fim, é necessário deixar claro que tal prerrogativa de monitoramento do e-mail dos servidores públicos pelo Estado-empregador cinge-se ao e-mail funcional, já que com relação ao e-mail pessoal do servidor (mesmo que consultado por meio de dispositivos eletrônicos de propriedade estatal, ou seja, de "insumos funcionais") tal acesso não é juridicamente possível, salvo se amparado por decisão judicial, nos termos do artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal.¹⁰⁶¹ Inclusive, sem embargo de ainda existir discussão a esse respeito, entende-se que, *a priori*, sequer é possível a realização de um monitoramento formal do e-mail pessoal, sem acesso aos conteúdos das mensagens, mas apenas aos dados da comunicação (registros de acesso, informações de envio e/ou recebimento, como horário, destinatário ou remetente, quantidade de mensagens etc) por se tratar de comunicação pessoal protegida pelo direito fundamental à privacidade, nos termos da citada norma constitucional, bem como pelo artigo 10¹⁰⁶² da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).

¹⁰⁶⁰ Cite-se uma hipótese prática, a título ilustrativo: caso se identifiquem altos riscos de tentativa de suborno de servidores públicos em uma determinada atividade sensível (por exemplo, em uma atividade de fiscalização ou de regulação que envolva contato pessoal muito direto entre o servidor e o sujeito privado, em área conhecida por haver reiteradas tentativas de suborno), é possível se monitorar os e-mails daqueles que participam de tais processos de trabalho, rastreando, a partir de critérios heurísticos predefinidos, determinados termos, expressões ou palavras que possam servir de alerta sobre a existência de relações irregulares entre o servidor e o particular; é possível também criar mapas de calor (representações que mostram níveis de atividades dos usuários), para verificar se a quantidade de contatos entre determinado participante do processo de trabalho e o agente privado (ex. fiscalizado) foi destoante dos demais ou parece injustificada em razão da atividade desempenhada.

¹⁰⁶¹ Veja-se trecho do voto do Min. do Superior Tribunal de Justiça, Ogg Fernandes: "no que diz respeito à quebra do sigilo das comunicações telemáticas, os referidos dados também são objeto de proteção jurídica. A quebra do sigilo de dados telemáticos é vista como medida extrema, pois restritiva de direitos consagrados na Carta Magna (artigo 5º, X e XII, CF/88; arts. 11 e 21 do Código Civil). Não obstante, a intimidade e a privacidade das pessoas, protegidas no que diz respeito aos dados já transmitidos, não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições, assim como quaisquer outros direitos fundamentais, os quais, embora formalmente ilimitados (isto é, desprovidos de reserva), podem ser restringidos, caso isso se revele imprescindível à garantia de outros direitos constitucionais." (RMS 48.665/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 05/02/2016)

¹⁰⁶² *Verbis*: Artigo 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações

1.3. O monitoramento da navegação na web em dispositivos funcionais e pessoais

Também é possível que o Estado-empregador mantenha o monitoramento da navegação efetuada pelos servidores públicos na internet - isso pode lhe permitir verificar, por exemplo, os websites visitados, os endereços eletrônicos mais acessados, os tipos de busca realizados, o tempo despendido, a frequência com que são visitados, as informações trocadas e o consumo de banda larga. Além disso, por exemplo, se, para o desempenho de suas atividades, o servidor público utiliza aplicativos como o *Microsoft Teams* ou *Skype Business* a partir de uma conta funcional, na versão web, o Estado-empregador também poderá ter acesso ao seu histórico de bate-papos.

Tal fiscalização pode se dar, por exemplo, por meio da instalação de softwares nos equipamentos funcionais ou pessoais, que permitam acompanhar as atividades desenvolvidas, ou a partir de dados extraídos do acesso à rede de wi-fi, ao VPN (*virtual private network*)¹⁰⁶³, à nuvem, a plataformas virtuais disponibilizados pelo Estado-empregador.

Assim como exposto com relação ao e-mail funcional, a possibilidade de o empregador monitorar a navegação na web realizada por meio de dispositivos funcionais decorre da inexistência de razoável e legítima expectativa de privacidade dos servidores públicos, uma vez que referidos equipamentos, como bens de uso especial, estão afetados para o desempenho da atividade pública. Essa afetação, lembre-se, é a justificativa do regime diferenciado de controle no âmbito público (em comparação com o âmbito laboral privado): como não está na livre disposição do gestor autorizar o uso de tais equipamentos para finalidades pessoais, não se cria uma legítima expectativa de privacidade para os

privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no artigo 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do artigo 7º.

§ 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

¹⁰⁶³ Conexão, por meio da internet, a uma determinada localidade, o que geralmente ocorre através de um software disponibilizado pelos administradores do VPN, para que o usuário possa acessar seus serviços. De forma simples: o computador do servidor se conecta a uma área de trabalho remota, ligada na rede do órgão, o que lhe permite acessar os arquivos e sistemas dos servidores e computadores da rede interna de uma forma mais segura.

servidores públicos, havendo presunção de que a utilização de tais bens se dará no estrito cumprimento das atividades funcionais, o que autoriza, ao menos *a priori*, o amplo controle; no entanto, considerando a necessidade de se tolerar o uso social de tais equipamentos, eventuais informações previamente marcadas digitalmente como "pessoais" ou "privadas" não deverão ser objeto de fiscalização estatal.

A situação é diferente, no entanto, quando se trata do uso de equipamentos pessoais para o desenvolvimento das atividades públicas (BYOD), o que tem se tornado cada vez mais usual, com o avançar das novas tecnologias. Além disso, com a cada vez maior massificação do trabalho remoto, especialmente em razão da pandemia de COVID19¹⁰⁶⁴, também se tornou comum que os servidores desempenhem suas atividades a partir de suas próprias casas, utilizando seus equipamentos pessoais e suas próprias redes de internet, embora se conectem ao VPN de seu órgão ou mesmo realizem todo o trabalho em ambiente de nuvem ou em plataforma virtual fornecidos ou mantidos pelo Estado-empregador. Em todas essas hipóteses, há possibilidade de monitoramento das atividades pelo Estado¹⁰⁶⁵, por exemplo: (i) por meio da instalação de softwares de controle nos dispositivos de propriedade do servidor público, como os que permitem a análise do histórico de navegação ou o rastreamento de internet (os quais geralmente conseguem ultrapassar eventuais eliminações do histórico de navegação ou realizar o monitoramento mesmo quando se habilita a navegação privada); (ii) no caso da utilização dos serviços de VPN, por meio do tráfego de rede que é enviado pela VPN¹⁰⁶⁶, permitindo que seus administradores consigam monitorar as atividades realizadas na internet; (iii) por meio da análise do tráfego que passa pela rede wi-fi do órgão ou ente público (uma vez que é possível, inclusive por questões de segurança, rastrear todos os endereços IP¹⁰⁶⁷ com os quais a rede wi-fi se conecta).

Desde já, vale pontuar que, mesmo nessas hipóteses de acompanhamento da navegação realizada por meio dos dispositivos pessoais dos servidores públicos, é preciso ter em conta que ainda é possível se identificar alguma espécie de "bem" do Estado-empregador com o qual o aparelho eletrônico pessoal do servidor público se conecta para a prestação da atividade pública: a rede de wi-fi, o VPN ou o espaço na nuvem ou da plataforma

¹⁰⁶⁴ A título ilustrativo, veja-se a seguinte análise: BARROS, Carlos Juliano, **Análise: Na pandemia, home office pode ter virado um BBB e você estar sendo espiado**, *economia.uol.com.br*, disponível em: <<https://economia.uol.com.br/colunas/carlos-juliano-barros/2021/03/01/na-pandemia-seu-home-office-pode-ter-virado-um-bbb.htm>>. acesso em: 03 maio 2021.

¹⁰⁶⁵ Existe uma vastidão de informações que esses programas podem rastrear, desde os sites que se visita, passando por acesso à webcam do dispositivo, *prints* de tela, e até movimentos do mouse.

¹⁰⁶⁶ Isso porque na VPN o conceito de privacidade é do *privacy by policy* (baseado em política), e não de *privacy by design* (desde a concepção inicial do serviço), de forma que é possível que os administradores do VPN consigam monitorar as atividades realizadas pelos servidores na internet.

¹⁰⁶⁷ *Internet protocol addresses*, ou seja, uma espécie de "endereço" único atribuído a cada dispositivo, que permite identificá-lo na internet, uma representação numérica de onde um dispositivo está conectado à internet.

virtual, que se ligam, ao menos de forma indireta, às possibilidades de monitoramento. No entanto, repise-se, esse monitoramento se justifica principalmente por ser a relação funcional uma relação de sujeição especial, em razão da posição preferencial do direito à informação da sociedade e em virtude da tutela do interesse público e do dever de boa administração, argumentos que, como visto, agregam maior carga valorativa ao controle estatal.

Relembre-se, ademais, que a legitimidade desse monitoramento da navegação na web - especialmente quando realizado nos aparelhos particulares dos servidores públicos com algum ponto de contato com os referidos sistemas ou redes virtuais do Estado-empregador - não prescinde da prévia cientificação dos servidores monitorados quanto à existência, à extensão e ao tempo em que essa fiscalização ocorrerá, bem como quais são as consequências dessa fiscalização (daí que a realização de monitoramento, por exemplo, por *spywares* instalados sem a ciência dos agentes públicos seria absolutamente incompatível com essa base de transparência e boa-fé em que deve se fundar o controle). Além disso, entende-se que o monitoramento realizado nos aparelhos particulares dos servidores seria, a princípio, caso de excepcional necessidade de consentimento do servidor para a instalação do software de acompanhamento, uma vez que o equipamento é pessoal e seu uso também se destina, portanto, a assuntos privados ou não relacionados ao trabalho. No entanto, ao que parece, ainda assim esse consentimento não seria livre, por acabar estando atrelado ao fato de que o Estado-empregador pode, por exemplo, caso não haja o consentimento, desautorizar o BYOD, o que pode ser desvantajoso para o servidor (uma vez que, por exemplo, os equipamentos pessoais podem ser de tecnologia mais avançada do que os funcionais, que costumam ser básicos) ou desautorizar o regime de teletrabalho (caso tal autorização, por exemplo, pressuponha que o servidor deverá utilizar seus próprios equipamentos). Assim, o servidor pode terminar por concordar com a instalação do software de monitoramento para não perder tais benefícios, de forma que, entende-se, além do consentimento, mostra-se necessário que o servidor manifeste ciência expressa e inequívoca de todos os aspectos do monitoramento (em especial, seu alcance e duração), devendo o Estado-empregador se ater às finalidades e aos limites do monitoramento indicados e com os quais o servidor público anuiu, sob pena de abuso de direito.

Dessa forma, também aqui se entende como uma boa prática de governança pública a previsão em eventuais códigos de conduta expedidos pela Administração e no programa de integridade de cada órgão ou ente público dos aspectos informativos sobre a possibilidade de monitoramento eletrônico, seja dos dispositivos funcionais seja dos dispositivos privados utilizados para o exercício da atividade pública.

Além disso, também é necessário que o controle eletrônico seja implementado de forma a se evitar ao Estado-empregador possa criar perfis dos servidores públicos, o que

poderia levar a situações de discriminação¹⁰⁶⁸, e sempre tendo em consideração a sua proporcionalidade e a sua adequação no caso concreto, sopesando-se os bens e direitos em conflito, avaliando a probabilidade e o impacto do risco que se pretende prevenir e buscando causar o menor impacto possível no direito à privacidade dos servidores públicos.

1.4. O monitoramento de telefones funcionais: os dados e conteúdos de comunicações telefônicas, os aplicativos de mensagem instantânea e os serviços de geolocalização

Questão que também gera debate é a possibilidade de o Estado-empregador monitorar e acessar dados de telefones móveis concedidos aos servidores públicos para realização de suas atividades funcionais (celulares funcionais). De fato, no Brasil, é comum que certo grupo de servidores (especialmente os ocupantes de cargos mais altos de direção e assessoramento) recebam da Administração Pública aparelho celular para o trabalho, com chip e número próprio (cujos custos são suportados pelo Estado). Por meio do monitoramento desses aparelhos, o Estado-empregador poderia controlar os dados sobre as ligações realizadas e recebidas e as informações trocadas por meio de aplicativos de mensagem instantânea, além de ter acesso a informações sobre a geolocalização do servidor.

O primeiro ponto a se ter em conta quanto a este monitoramento (e que o diferencia do tratamento dado ao e-mail funcional) é que se entende não ser possível ao Estado-empregador, *a priori*, ter acesso, de forma direta, ao conteúdo das ligações efetuadas por meio do celular funcional. Isso porque, muito embora o telefone celular seja considerando um bem público de uso especial (de forma que, como analisado *supra*, não caberia ao gestor público autorizar sua utilização para finalidades pessoais, o que acarretaria, por consequência, a inexistência de expectativa legítima de privacidade com relação a chamadas realizadas e recebidas a partir de tal aparelho funcional), parece necessário, como também já exposto - considerando as nuances da difusão das novas tecnologias em todos os aspectos da vida moderna -, que se admita o uso social do celular funcional. E, considerando a proteção reforçada que a Constituição brasileira confere ao conteúdo das comunicações telefônicas, nos termos do inciso XII do artigo 5º, entende-se não ser possível tal monitoramento

¹⁰⁶⁸ Marina Santoro Franco Weinschenker (**A vida laboral e extralaboral do empregado: a privacidade no contexto das novas tecnologias e dos direitos fundamentais**, p. 65 a 72) destaca a existência de uma prática discriminatória corrente no mercado de trabalho privado - cujo raciocínio também pode se aplicar no âmbito público, especialmente para situações de ocupação de funções de confiança pelos servidores efetivos - , bastante facilitada pelas novas tecnologias, as denominadas "listas negras", que costumam circular entre empregadores e agências de colocação; trata-se da associação do nome do candidato a emprego ou empregado a determinadas características pessoais, convicções ou fatos (por exemplo, orientação sexual, dados de saúde, crença religiosa, ingresso de reclamação trabalhista contra empregador anterior ou participação significativa em atividade sindical) que, embora não digam respeito diretamente à sua capacidade laboral e ao contrato de trabalho, são capazes de dificultar seu acesso ao trabalho ou a manutenção do emprego.

preventivo pelo Estado, uma vez que: (i) havendo a necessidade de se tolerar o uso social do celular e considerando a impossibilidade de se assinalar de antemão quais são as eventuais conversas pessoais (diferente, portanto, do que ocorre no uso do e-mail funcional), seria impossível que tal monitoramento não esbarrasse em conversas privadas do indivíduo, protegidas por seu direito à privacidade, o qual, nesses casos, ao menos *a priori*, deve prevalecer; (ii) há ainda a necessidade de se salvaguardar o direito fundamental à privacidade de terceiros envolvidos na comunicação telefônica e que gozam da mesma proteção reforçada do direito à privacidade - até porque ainda que o servidor público até tenha ciência sobre tal monitoramento, o terceiro com quem ele conversa pode não ter esse conhecimento, nem mesmo por dedução (diferente, portanto, do que ocorre com relação ao e-mail funcional, já que, em regra, o próprio endereço do e-mail indica, para terceiro que com ele interage, se tratar de ferramenta de trabalho e não pessoal); (iii) a Lei nº 9.296/96, que regulamenta especificamente a parte final do inciso XII do artigo 5º da Constituição somente possibilita a interceptação de comunicações telefônicas (para se ter acesso ao seu conteúdo) nos casos de investigação criminal e de instrução processual penal e desde que judicialmente autorizadas, nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.296/96¹⁰⁶⁹.

Dessa forma, ao Estado-empregador mostra-se possível o controle do uso do celular funcional por outros meios, que não lhe confirmam acesso direto ao conteúdo das comunicações - por exemplo, pode ser realizada a verificação dos registros telefônicos, que permitem saber quais números foram chamados, quantas vezes, em que datas e quanto tempo durou cada conversa. Ou seja, entende-se que é possível ao Estado-empregador, no âmbito do controle de conduta, o monitoramento dos dados das chamadas telefônicas referentes ao celular funcional, mas não do conteúdo das ligações, uma vez que, nesse caso, por expressa previsão constitucional, há proteção reforçada da comunicação telefônica, fazendo com que o embate entre os elementos que justificam o controle estatal e o direito fundamental à privacidade do servidor seja resolvido em prol deste último.

Outro ponto interessante com relação ao monitoramento do celular funcional diz respeito ao acesso do Estado-empregador ao conteúdo das mensagens dos aplicativos de

¹⁰⁶⁹ *Verbis*: "A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça." ¹⁰⁶⁹ Ressalte-se, entretanto, que, com relação ao trabalho privado, como destaca Juliana Barros (**A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador**, Dissertação de mestrado, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009, p. 232 e 233) existe uma parte da doutrina que vem entendendo que "se o telefone é o próprio instrumento de trabalho dos empregados (como nas empresas de telemarketing, por exemplo), as conversas por ele realizadas podem ser gravadas, mesmo sem o consentimento do terceiro interlocutor, já que, nesse caso, o telefone fixo ou celular foi disponibilizado para o trabalho e pertence ao patrimônio empresarial. A doutrina oscila entre a necessidade (escuta) ou não (interceptação) de o empregado saber que a conversa está sendo gravada."

mensagem instantânea. Entende-se que, a princípio, o tratamento a ser dado nesses casos deve ser similar ao conferido aos e-mails funcionais. De fato, se a utilização do aplicativo de mensagem instantânea é feito, por exemplo, por meio de um número de celular funcional ou de um e-mail funcional - os quais, como exposto, fazem parte dos insumos conferidos pelo Estado-empregador a (alguns) servidores para o exercício de sua função -, o referido *aplicativo* deve ser considerado um instrumento de trabalho, ao qual o Estado-empregador poderá ter acesso - tanto a partir dos dispositivos utilizados pelo servidor quanto por meio da versão *web* de tais aplicativos. E, sendo assim, os assuntos ali tratados podem, inclusive, além de ser monitorados pelo Estado-empregador, revestir-se de interesse público e estarem sujeitos ao princípio da transparência¹⁰⁷⁰. Repita-se que, no caso de acesso ao aplicativo de mensagens instantâneas por meio do celular funcional ou de e-mail funcional, o número ou o e-mail que se vincula ao *aplicativo* é o funcional e não o pessoal - dessa forma, para aquela conta é possível fazer constar, de forma ostensiva, nos elementos identificadores do usuário, a informação de se tratar de um conta funcional (por exemplo, fazendo constar tal informação no nome de contato utilizado), possibilitando, assim, restringir a troca de informações a assuntos de trabalho e permitindo que terceiros que venham a manter comunicação com o servidor público por meio daquela conta saibam que não se trata de uma conta pessoal¹⁰⁷¹. Nesse sentido é que parece ser uma boa prática de governança pública que os aparelhos celulares (assim como tablets, notebooks etc) e todas as ferramentas funcionais que nele forem instaladas sejam configurados diretamente pelo próprio Estado-empregador, inclusive com senha aleatória fornecida pelo próprio ente, para se garantir tanto que a informação de se tratar de uma conta funcional constará visível para os outros usuários que interajam com aquela conta quanto que, em caso de eventual necessidade de análise dos dados ali

¹⁰⁷⁰ Vale ressaltar, entretanto, que as empresas que desenvolvem tais aplicativos têm se esforçado para manter o sigilo das conversas, por exemplo, utilizando criptografia de ponta a ponta (o que faz com que somente os que participam da conversa possam ler o que for enviado). Dessa forma, em algumas hipóteses, pode não ser possível (ou a tecnologia ser pouco acessível) usar uma ferramenta de terceiros para acessar, de forma lícita, o conteúdo das conversas desenvolvidas nos aplicativos de mensagens instantâneas. Nesses casos, no entanto, ainda assim seria possível que se solicite aos servidores que utilizam o aplicativo que os gestores o acessem e verifiquem as mensagens, nos casos de celulares funcionais. Mas ainda vale destacar que a Polícia Federal brasileira tem sustentado a possibilidade de aplicativos de mensagem instantânea utilizarem medidas para descriptografar a comunicação, permitindo o monitoramento no âmbito de investigações criminais. Nesse sentido, veja-se: <<https://www.tecmundo.com.br/whatsapp/117364-whatsapp-diz-inviolavel-policia-federal-retruca-aplicativo-stf.htm>>

¹⁰⁷¹ Um exemplo pode ilustrar melhor a situação: pense-se na concessão, pelo Estado-empregador, de um celular funcional a determinado agente público em razão de ele estar ocupando o cargo de chefia de determinado órgão público. O acesso a um aplicativo de mensagens instantâneas por aquele número de celular funcional deve ser visto, pois, não como o acesso do daquele servidor específico, mas sim como o acesso do chefe do órgão público. De tal forma que se aquele servidor deixar de exercer a atividade de chefia e for substituído por outro, o celular possa ser transferido de um para outro, bem como o acesso aos aplicativos, uma vez que, repita-se, aquela forma de comunicação não é do indivíduo, mas do cargo de chefia.

presentes, seja facilitado o acesso, além de funcionar como um elemento de reforço da impossibilidade de se criar expectativa legítima de privacidade em relação a essas interações virtuais e telefônicas.

A solução é diferente, entretanto, quando os servidores utilizam o seu próprio celular - e não o celular funcional -, no apoio da prestação de sua atividade pública (aderindo ao BYOD). Nesse caso, entende-se que o acesso do Estado-empregador a qualquer espécie de informação das comunicações realizadas por meio dos aplicativos de mensagem instantânea (inclusive no âmbito do controle repressivo, do qual se tratará adiante) dependerá de autorização judicial. Isso porque, como exposto, para acesso aos referidos aplicativos, utiliza-se geralmente dados do celular ou do e-mail, os quais, nesse caso, serão pessoais, referentes ao indivíduo e não à sua condição de servidor público, ou de ocupante de cargo ou função públicos. Dessa forma, e considerando que, nesse caso, pelo menos a partir da formatação dos aplicativos de mensagens instantâneas utilizados na atualidade, as conversas de trabalho correntemente estão embaralhadas, no mesmo *aplicativo*, com as conversas pessoais, torna-se juridicamente inviável (ainda que tecnologicamente não o seja¹⁰⁷²) permitir o acesso direto do Estado-empregador ao conteúdo das conversas funcionais, devendo se privilegiar, ao menos *a priori*, a proteção da privacidade.

Merece ainda atenção a possibilidade de monitoramento da versão *web* dos aplicativos de mensagem instantânea - como, *a priori*, o Estado-empregador pode fiscalizar tudo aquilo que faz parte da infraestrutura da empresa (dispositivos, rede, softwares etc), caso realize algum tipo de controle remoto sobre o dispositivo (computador laptop, tablet etc de trabalho ou pessoal), ele poderá acessar tudo o que for feito pelo servidor público, tudo que apareça na tela de seu equipamento (inclusive as mensagens trocadas por meio da versão *web* do aplicativo de mensagens instantâneas pessoal). No entanto, mesmo considerando esta possibilidade técnica de acesso às trocas de mensagens, entende-se, pelos mesmos argumentos expostos *supra*, que só seria juridicamente possível e legítimo o monitoramento da versão *web* do aplicativo de mensagens referente ao número de celular funcional, não do pessoal - o acesso a esse último, repise-se, também depende de prévia autorização judicial, sob pena de violação da privacidade do servidor público. E, sendo assim, entende-se que também é uma boa prática de governança pública que o Estado-empregador faça constar em seus manuais de conduta e programas de integridade as regras referentes ao uso de celulares funcionais, dos aplicativos de mensagem instantânea e de suas versões *web*, deixando claras as hipóteses de monitoramento, sua abrangência e consequências.

¹⁰⁷² Já que, como exposto, por exemplo, a princípio há tecnologia capaz de permitir o acesso a esses dados quando, por exemplo, o servidor acessa a rede wi-fi do órgão público. Vale ressaltar, ademais, que com relação aos demais aspectos, entretanto, já existem funcionalidades tecnológicas que permitem segregar o conteúdo pessoal e o funcional dentro do dispositivo, de forma que o empregador não tenha acesso às informações pessoais do usuário.

Por fim, uma última discussão envolvendo o uso de celulares funcionais diz respeito ao monitoramento por geolocalização, forma de acompanhamento das atividades laborais (especialmente quando é necessário realizar regularmente atividades externas) com alto potencial de se tornar invasiva da privacidade dos indivíduos. À partida, entende-se que a possibilidade de utilização deste tipo de monitoramento pelo Estado-empregador é bastante restrita, devendo atender a algumas condições essenciais para se evitar o abuso na coleta de dados, já que tal atividade possibilita, como já exposto, inclusive a criação de perfil comportamental do servidor monitorado, a partir de informações sobre os lugares para onde ele se desloca, em quais horários, quais os destinos mais frequentes etc, havendo risco, pois, tanto de violação do direito à proteção dos dados pessoais do servidor quanto de seu direito à privacidade¹⁰⁷³. Com efeito, se utilizado de forma abusiva, tal monitoramento pode, inclusive, chegar a caracterizar hipótese de *geoslavery*, ou seja, uma espécie de escravidão moderna, em que ocorre o controle dos movimentos de um indivíduo pelo outro por meio de aparelhos com serviços baseados em localização.¹⁰⁷⁴

Dessa forma, entende-se que: (i) referido monitoramento só é possível a partir do celular funcional, uma vez que tal equipamento poderá ser guardado em determinado lugar ou desligado nos períodos em que o servidor não estiver em horário de trabalho; caso fosse adotada com relação ao celular pessoal, permitiria, a princípio, a coleta de dados referentes à movimentação do servidor em seus períodos de descanso, o que violaria, portanto, seus direitos à proteção de dados pessoais e à privacidade; (ii) a objeção ao monitoramento via celular pessoal se mantém ainda que o aplicativo ou software de geolocalização conte com a opção de ser desativado nos períodos fora do horário de trabalho, pois isso acabaria transferindo para o servidor público parte da responsabilidade pela não coleta de seus dados, já que, a princípio, o celular pessoal está na posse do indivíduo também durante o tempo extra jornada de trabalho; (iii) referido monitoramento só pode ser realizado com ciência inequívoca do servidor público; (iv) o *aplicativo* que permita tal monitoramento deve

¹⁰⁷³ Em Portugal, a Comissão Nacional de Proteção de Dados editou a Deliberação nº 7.680/2014 que trata dos princípios aplicáveis aos tratamentos de dados pessoais decorrentes da utilização de tecnologias de geolocalização no contexto laboral, na qual analisa o uso e os impactos que tais tecnologias podem ter na privacidade dos trabalhadores, considerando que a localização de uma pessoa e o seu histórico de movimentações são dados atinentes à vida privada. No mesmo sentido, o RGPD previu, em seu artigo 4º, nº 1 que os dados de localização são exemplos de dados pessoais.

¹⁰⁷⁴ MARQUES, Tatiana Freire Anjos, Um olhar sobre o direito à privacidade e os serviços baseados em localização (LBS) à luz dos ordenamentos jurídicos Português e Brasileiro, **Ata das I Jornadas Lusófonas de Ciências e Tecnologias de Informação Geográfica**, p. 487–511, 2015. A autora destaca, entretanto, que embora existam várias formas de monitoramento sendo utilizadas como *geoslavery*, muitas vezes essas práticas são vistas de outra forma: como *geofencing*. Segundo a autora, o *geo-fencing*, "no meio corporativo, é um termo utilizado para conceituar o procedimento de controlar os movimentos dos trabalhadores móveis em determinada área, para aumentar a produtividade, através do uso de aparelhos com GPS integrados, ou através de telefones móveis equipados com o serviço de *geofencing* que enviam mensagens escritas para o sistema, cada vez que o empregado se afasta da rota preestabelecida."

possibilitar que, de forma simples, o usuário o desligue ou o inative por determinados períodos; (v) as finalidades da fiscalização e da recolha de dados devem ser claras, específicas, objetivas e ostensivamente informadas; (vi) a determinação do monitoramento deve se dar em estrita observância à regra de proporcionalidade e de adequação considerando as finalidades que se pretende atingir, só devendo ser adotada caso não exista medida que cause menos risco aos direitos fundamentais dos servidores públicos.

1.5. O tratamento de dados pessoais dos servidores públicos como medida de mitigação do risco de atuação parcial

Dois dos riscos mais expressivos à integridade pública - conflito de interesses e nepotismo¹⁰⁷⁵ - dizem respeito, ao fim e ao cabo, à atuação de servidores públicos sem a necessária impessoalidade e imparcialidade exigida daqueles que apresentam o Estado.

De fato, o artigo 37, caput da Constituição brasileira prevê a impessoalidade como um dos princípios que devem reger a atividade da Administração Pública. Nesse sentido, de maneira geral, a Lei nº 9.784/99, em seu artigo 18, prevê que o servidor público é impedido de atuar em processo administrativo¹⁰⁷⁶ que tenha interesse direto ou indireto na matéria¹⁰⁷⁷. Adiante, o artigo 20 dispõe que poderá ser arguida a suspeição do servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau. Esse é, pois, o arcabouço legal geral que, no âmbito brasileiro, regula a necessidade de atuação impessoal e imparcial do agente público. Trata-se de regulamentação no mesmo sentido, embora muito mais tímida, do que aquela constante nos artigos 69º a 76º do Código de Procedimento Administrativo português, os quais trazem regras bastante detalhadas sobre o regime de impedimento e de suspeição dos agentes públicos.¹⁰⁷⁸

¹⁰⁷⁵ Temas tratados, inclusive, com destaque na *Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública*. Por outro lado, consta expressamente no artigo 6º, inciso III da Portaria CGU nº 1.089/2018 a necessidade de que os órgãos públicos, na implementação de seus programas de integridade, atribuam a unidades novas ou já existentes as competências correspondentes ao tratamento de conflitos de interesses e do nepotismo.

¹⁰⁷⁶ Nos termos do parágrafo único do artigo 19 da Lei nº. 9.784/99, caso o servidor não comunique seu impedimento, tal será considerado falta grave para efeitos disciplinares.

¹⁰⁷⁷ E também nos processos em que (i) tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; e que (ii) esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro

¹⁰⁷⁸ Com efeito, referente ao tema ora em análise, o CPA determina que os agente públicos estão impedidos de intervir em procedimento administrativo ou em ato ou contrato de direito público ou privado quando: (i) nele tenham interesse, por si, como representantes ou como gestores de negócios de outra pessoa; (ii) por si ou como representantes ou gestores de negócios de outra pessoa, nele tenham interesse o seu cônjuge ou pessoa com quem viva em condições análogas às dos cônjuges, algum parente ou afim em linha reta ou até ao segundo grau da linha colateral, bem como qualquer pessoa com quem vivam em economia comum ou com a qual tenham uma relação de adoção, tutela

No âmbito da Administração Pública, o conflito de interesses ocorre quando se rompe faticamente esse contexto de atuação imparcial e impessoal do servidor público, por ele estar em uma posição que lhe possibilita juridicamente, ao mesmo tempo, atuar para atender a interesses que estão em posições contrapostas: o interesse público e o interesse privado (seu ou de terceiros). Ou seja, a imparcialidade de atuação do servidor resta comprometida em razão de seu interesse particular poder se sobrepor aos interesses da coletividade.

No ordenamento jurídico brasileiro, a vedação da atuação de agentes públicos em situação de conflito de interesses é prevista, de forma específica, em diversos normativos (via de regra, que não tratam exclusivamente do tema), a título de exemplo: (i) no Código de Conduta da Alta Administração Federal (Exposição de motivos nº 37, de 18.8.2000, aprovado em 21.8.2000), o qual, entretanto, parece baralhar a definição jurídica com a concepção ética, ao dispor que os mesmos padrões éticos exigidos das autoridades públicas no exercício de suas funções também são impostos na relação entre suas atividades públicas e privadas, de modo a prevenir eventuais conflitos de interesses (artigo 3º, parágrafo único); (ii) no Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto nº 1.171/94), que veda ao servidor permitir que interesses de ordem pessoal interfiram no trato com o público, com os jurisdicionados administrativos ou com colegas hierarquicamente superiores ou inferiores (item XV, letra f); (iii) na Lei nº 8.112/90, que prevê, no rol de condutas proibidas aos servidores públicos, situações que podem configurar conflito de interesses, como a gerência ou a administração de empresas privadas (artigo 117, inciso X), a representação de interesses privados (artigo 117, inciso XI) e o recebimento de vantagens de qualquer espécie (artigo 117, inciso XII); (v) na Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que traz diversas normas proibitivas de condutas que podem configurar conflito de interesses, tais como: o recebimento de vantagem de quem tenha interesse que possa ser atingido por atuação referente às atribuições do agente público, a atividade privada de consultoria ou assessoramento incompatível com o cargo público, o tráfico de influência e o uso indevido de informação privilegiada (previstos respectivamente no artigo 9º, incisos II, VIII e IX e no artigo 11, inciso VII); e (v) na Lei nº 12.813/2013, que regula, de forma sistematizada, o tratamento do conflito de interesses no âmbito do serviço público federal.

ou apadrinhamento civil; (iii) por si ou como representantes ou gestores de negócios de outra pessoa, tenham interesse em questão semelhante à que deva ser decidida, ou quando tal situação se verifique em relação a pessoa abrangida pela alínea anterior (artigo 69, nº 1 - "Casos de Impedimento"). Além disso, refere que devem pedir dispensa de atuar no procedimento ou em ato ou contrato de direito público ou privado da Administração Pública quando ocorra circunstância pela qual se possa com razoabilidade duvidar seriamente da imparcialidade da sua conduta ou decisão e, designadamente, quando, por si ou como representante ou gestor de negócios de outra pessoa, nele tenha interesse parente ou afim em linha reta ou até ao terceiro grau da linha colateral, ou tutelado ou curatelado dele, do seu cônjuge ou de pessoa com quem viva em condições análogas às dos cônjuges (artigo 73, nº 1 - "Fundamento da escusa e suspeição").

Como se pode perceber, embora a definição de conflito de interesses parta de um pressuposto, a identificação dos atos que possam originá-lo no âmbito do serviço público é, no mínimo, fluida: cada um dos diplomas citados, por exemplo, cuida de determinados vieses do conflito de interesses, sem que nenhum deles consiga abarcar o potencial vício de forma completa. Sem descuidar do fato que a análise da existência de conflito de interesses deve se dar com fundamento em uma sólida base jurídica, a partir de regras com um mínimo de densidade normativa (devendo ser evitados embasamentos fundados em previsões extremamente amplas, abstratas, indefinidas ou gerais, para se prevenir situações de insegurança jurídica e o risco de arbitrariedades), parece ser crucial que a avaliação da existência de conflito de interesses se dê no caso concreto, considerando as peculiaridades e os riscos próprios da atividade prestada, o que justifica a dificuldade de se apontar de forma objetiva e exaustiva as condutas capazes de gerá-lo.

A Lei nº 12.813/2013 traz uma definição bastante aberta do conflito de interesses: "situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública" (artigo 3º, inciso I). Adiante, apresenta uma série de situações que são indicativas da configuração de conflito de interesses no exercício da atividade pública¹⁰⁷⁹, tais como: o uso de informação privilegiada em proveito próprio ou de terceiro; o exercício de atividade privada incompatível, por sua própria natureza, com as atribuições da atividade pública; a atuação em benefício de pessoa jurídica da qual participe o próprio servidor ou parente até 3º grau e o recebimento de presentes daquele que tem interesse na atuação do agente público (artigo 5º¹⁰⁸⁰). Via de regra, tais atuações terminam se reconduzindo às hipóteses de proibição de atuação do servidor em casos de impedimento e de suspeição, embora previstas de forma mais específica.

De acordo com o regime adotado pela citada Lei nº 12.813/2013, a configuração do conflito de interesses não demanda a existência nem de dano ao patrimônio público e nem do recebimento de vantagem pelo servidor público ou terceiro, bastando a simples possibilidade de a finalidade da atuação estatal restar comprometida. Isso porque, como já

¹⁰⁷⁹ Cabe ressaltar que, muito embora alguns dispositivos da Lei nº 12.813/2013 sejam aplicáveis a um grupo específico de servidores e agentes públicos (que, em razão de suas atividades, têm acesso sistemático a informações privilegiadas), parte significativa da norma se aplica a todos os ocupantes de cargo ou de emprego público no âmbito da Administração Pública federal e, inclusive, em algumas hipóteses, até mesmo ex-ocupantes, durante o prazo de seis meses.

¹⁰⁸⁰ Não há clareza na lei quanto a tal rol ser ou não taxativo; parte da doutrina defende sua natureza exemplificativa, inclusive em razão da fluidez do conceito; de outro lado, cite-se, por todos, Maurício Zockun (Limites dos conflitos de interesses. Belo Horizonte: 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IBLIJDqF8pc>>. Acesso em: 2 out. 2020) como crítico deste entendimento, especialmente por a situação de conflito de interesses poder gerar punição para o servidor, razão pela qual o princípio da segurança jurídica deve ser especialmente resguardado com "tipos" objetivos, sem possibilidade de interpretações extensivas.

exposto, ao assumir uma função pública, o servidor assume tanto a gestão da coisa pública quanto o papel de depositário das expectativas sociais da boa administração dos bens e serviços públicos, de forma que a sociedade espera que ele cumpra seu mister objetivando a concretização do interesse público, de forma proba, honesta, íntegra; ocorre que quando essa expectativa não se cumpre - por exemplo, por vir à tona alguma atuação do servidor que foi movida por razões de interesse pessoal, independente do resultado efetivo dessa ação -, a confiança na integridade do próprio ente público é abalada.

Por outro lado, tendo em conta a dificuldade da identificação, de forma exaustiva, das situações capazes de gerar conflito de interesses, parece clara também a dificuldade de se estabelecer medidas mitigatórias muito genéricas para o risco que o conflito de interesses representa para a integridade pública. Ou seja, o primeiro ponto a se ter em mente é que para se estabelecer medidas capazes de atuar na probabilidade ou no impacto da ocorrência de tal risco, é necessário considerar de forma concreta as principais situações de conflito de interesses a que os servidores daquele ente público específico (destinatários do programa de integridade) possivelmente estão sujeitos, buscando trabalhá-las de forma direcionada¹⁰⁸¹. Nesse sentido, soa irrazoável tentar enumerar todas as medidas mitigatórias possíveis para tal risco, as quais, repita-se, somente vão se descortinar no caso concreto.

No entanto, é possível se afirmar que, de forma geral, as medidas mitigatórias de conflitos de interesses não esbarrar, de alguma forma, no direito à privacidade do servidor público, inclusive no tratamento de seus dados pessoais, já que possivelmente vão envolver a análise de situações de sua vida privada. É que o conflito de interesses se configura porque, é bom lembrar, antes de ser um agente público que fala pelo Estado, o servidor é um indivíduo, com seus próprios anseios, problemas, ambições e interesses, o quais podem ser contrários ao interesse público - logo, medidas mitigatórias objetivas e eficazes na detecção do conflito de interesses podem envolver um monitoramento bastante intenso da vida privada do servidor público em vários aspectos, em especial, quanto às suas eventuais atividades e interesses econômicos, bem como de seu cônjuge e de parentes próximos.

Ocorre que, muito embora a posição do servidor público como parte de uma relação de sujeição especial faça com que o âmbito de proteção efetivo de seu direito fundamental à privacidade seja minorado, isso não serve para permitir, repise-se, que tal direito seja completamente aniquilado ou mesmo seja enfraquecido a tal ponto que se torne inoperante. Assim, esse caráter extremamente invasivo dos mecanismos de *detecção* das situações de conflitos de interesses parece ser a razão pela qual muitas das medidas mitigatórias

¹⁰⁸¹ Essa especificidade quanto aos riscos, aliás, é um dos principais argumentos para se afirmar a necessidade de que cada órgão ou ente público desenvolva seu próprio programa de integridade, com fundamento em seu processo de gestão de riscos (que reflita a sua realidade) e considerando todas as suas peculiaridades e a sua situação fática e jurídica, já que, da mesma forma como se entende com relação aos programas de *compliance*, é inquestionável que *one size does not fit all*.

comumente propostas para atuar sobre tal risco tenham viés mais educativo, visando uma mudança da cultura institucional quanto às hipóteses e à (in)tolerância quanto à sua ocorrência, adotando, pois, caráter mais proativo do que reativo.

Por essa razão é que vem se acentuando a importância do papel orientativo da Administração, especialmente atuando para que os próprios servidores tragam até o Estado a notícia sobre as possíveis situações de conflito de interesses em que podem estar envolvidos e a Administração os auxilie a resolvê-las¹⁰⁸²; o que inclui, por exemplo: (i) uma gestão de riscos que identifique as principais vulnerabilidades a que os servidores de cada área ou setor estão expostos e busque trabalhá-las de forma específica, conscientizando os indivíduos tanto das condutas que são consideradas inaceitáveis quanto da necessidade de se atuar para, preferencialmente, evitar a situação de conflito; (ii) mecanismos que permitam que os servidores levem suas dúvidas acerca da existência de conflitos de interesses para análise e solução pela Administração, a partir de situações concretas com as quais se deparem (cultura organizacional aberta); (iii) medidas que reforcem a confiança do servidor nessa posição não-punitiva da Administração com relação às consultas apresentadas, como o uso das informações apresentadas pelo consultante unicamente para o fim para o qual foram disponibilizadas à Administração (impossibilitando, principalmente, que tais informações possam ser utilizadas para instauração de procedimentos éticos ou disciplinares).¹⁰⁸³ Verifica-se, pois, que, mesmo nesses casos de atitude proativa da Administração, a medida de mitigação do risco não escapa do conflito com o direito à privacidade do servidor público - e, também nessas hipóteses, ainda que se admita que tal direito tem um âmbito de proteção efetivo minorado, parece ser mais interessante e mais importante para a efetividade da política de gestão do risco que se salvguarde a privacidade do servidor público, protegendo o tratamento dos seus dados privados, especialmente, como foi dito, garantindo-se a observância do princípio da finalidade, ao se utilizar aquelas informações com o exclusivo

¹⁰⁸² Nesse sentido, inclusive, a OCDE (Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública) orienta, no eixo relacionado à promoção de uma cultura institucional de integridade: (i) que a Administração forneça informações suficientes, treinamento, orientação e conselhos em tempo hábil para que os funcionários públicos apliquem padrões de integridade pública no local de trabalho, especialmente através de mecanismos de orientação e consulta formais e informais facilmente acessíveis para ajudar os funcionários públicos a gerir situações de conflito de interesses (item 8, letra c); e (ii) que a Administração apoie uma cultura organizacional aberta no setor público que responda a preocupações de integridade, em particular através do encorajamento de uma cultura aberta onde os dilemas éticos, as preocupações de integridade pública e os erros podem ser discutidos livremente e, quando apropriado, com os representantes dos funcionários e onde a liderança é responsiva e comprometida em fornecer conselhos oportunos e resolver problemas relevantes (item 9, letra a).

¹⁰⁸³ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, **Prevenção e resolução - conflito de interesses**, Brasília: 2019. Por exemplo, a Controladoria-Geral da União disponibiliza um Sistema Eletrônico de Prevenção de Conflito de Interesses - SeCI, que possibilita ao servidor público federal fazer consultas e pedir autorização para exercer atividade privada, bem como acompanhar as solicitações em andamento e interpor recursos contra as decisões emitidas. Além disso, a CGU disponibiliza informações, em formato aberto, sobre as solicitações que foram encaminhadas, ao referido sistema, pelos agentes públicos, possibilitando a consulta por todos os demais servidores públicos.

intuito de aclarar para o servidor possível dúvida quanto à existência ou não de conflito de interesses em determinada situação concreta (exceto, é claro, a possibilidade do uso dos dados referentes a essas consultas, de forma anonimizada, para aprimorar a gestão do risco a partir da identificação, por exemplo, de situações recorrentes)..

Entretanto, isso não quer dizer que medidas reativas não possam (na verdade, devam) ser tomadas, considerando, inclusive, exatamente a posição de superioridade da Administração na relação de sujeição especial - o que se mostra necessário, como já amplamente exposto, é que tais medidas sejam específicas considerando os riscos identificados, para que possam ser mais efetivas. A título de exemplo, o Decreto nº 10.571, de 09 de dezembro de 2020 prevê a obrigatoriedade de que as altas autoridades da Administração Pública federal direta e indireta¹⁰⁸⁴ apresentem declarações sobre conflitos de interesses, nas quais constem (artigo 10): (i) a existência de cônjuge ou parente próximo (até 3º grau) no exercício de atividades que possam suscitar conflito de interesses; (ii) a indicação das atividades privadas que foram exercidas no ano-calendário anterior; e (iii) a identificação de toda situação patrimonial específica que suscite ou possa suscitar conflito de interesses e o modo pelo qual pretende evitá-lo (ressalte-se que, nesse ponto, melhor parece ter andado a Lei portuguesa nº 59/2019, que trouxe, em seu artigo 13, nº 3, hipóteses ainda mais específicas de declaração sobre conflito¹⁰⁸⁵). Assim, ainda que se trate de um monitoramento realizado pela Administração a partir de informações prestadas pelo próprio servidor, é inegável que se exige desse servidor a abertura ao Estado de informações de sua vida privada, o que, considerando o tipo de atividades desempenhadas por esses agente públicos - especialmente o seu poder de decisão quanto à implementação de políticas públicas e

¹⁰⁸⁴ Quais sejam: (i) os Ministros de Estado; (ii) os ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança de nível igual ou superior a 5 do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS; (iii) os presidentes, os vice-presidentes e os diretores, ou equivalentes, de entidades da administração pública federal indireta (nos termos do artigo 9º do Decreto nº 10.571/20).

¹⁰⁸⁵ Segundo referida norma, a declaração das autoridades a ela submetidas deverá incluir atos e atividades suscetíveis de gerar incompatibilidades e impedimentos, designadamente: (i) a inscrição de atividades exercidas, independentemente da sua forma ou regime, designadamente: (a) indicação de cargos, funções e atividades, públicas e privadas, no País ou no estrangeiro, incluindo em empresas, fundações ou associações, exercidas nos últimos três anos e (b) indicação de cargos, funções e atividades, públicas e privadas, no País ou no estrangeiro, incluindo em empresas, fundações ou associações, a exercer cumulativamente com o mandato; (ii) a inscrição de interesses financeiros relevantes, que compreende a identificação dos atos que geram, direta ou indiretamente, pagamentos, designadamente: (a) pessoas coletivas públicas e privadas a quem foram prestados os serviços; (b) participação em conselhos consultivos, comissões de fiscalização ou outros organismos colegiais, quando previstos na lei ou no exercício de fiscalização e controlo de dinheiros públicos; (c) sociedades em cujo capital participe por si ou pelo cônjuge não separado de pessoas e bens ou por pessoa com quem viva em união de facto; (d) Subsídios ou apoios financeiros recebidos por si, pelo cônjuge não separado de pessoas e bens ou por pessoa com quem viva em união de facto ou por sociedade em cujo capital participem; (e) realização de conferências, palestras, ações de formação de curta duração e outras atividades de idêntica natureza; (iv) a inscrição de outros interesses relevantes, que deve mencionar, designadamente, os seguintes factos: (a) participação em comissões ou grupos de trabalho pela qual auferiram remuneração; (b) participação em entidades sem fins lucrativos beneficiárias de recursos públicos; (c) participação em associações profissionais ou representativas de interesses.

quanto à realização de gastos públicos - parece ser uma medida proporcional de restrição do direito à privacidade.

Diante de todo o exposto, portanto, é possível concluir pela viabilidade, em tese e *a priori*, de o Estado-empregador realizar tratamento de dados pessoais dos servidores públicos no intuito de monitorar e prevenir atuações que coloquem em risco o princípio da impessoalidade em razão de existência de conflito de interesses.

Mas, além disso, existe uma situação peculiar de atuação parcial, em conflito de interesses, que merece uma análise específica: o nepotismo, o qual pode ser definido como prática de concessão de cargos públicos a familiares, sendo considerado ainda um ato de corrupção¹⁰⁸⁶ administrativa¹⁰⁸⁷ e de abuso de poder, uma espécie de valimento da coisa pública para atender a interesses privados. A proibição do nepotismo encontra previsão legal no artigo 117 da Lei nº. 8.112/90, segundo o qual ao servidor público é proibido "manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil" (inciso VIII) - equivalente, de forma geral, ao vício de desvio de poder para fins de interesse privado previsto no artigo 161º, nº 2, e do CPA português. Mas, além disso, em 2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 13, *verbis*:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.¹⁰⁸⁸

Posteriormente, o Decreto nº 7.203/2010 tratou do tema, estabelecendo a vedação do nepotismo no âmbito da Administração Pública Federal - nesse sentido, prevê o normativo

¹⁰⁸⁶ SILVA, Matheus Passos, A cidadania ativa como mecanismo de combate à corrupção, *in*: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VICTOR, Sérgio Antonio Ferreira (Orgs.), **Estado de Direito, direitos fundamentais e combate à corrupção – interfaces Portugal/Brasil**, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2015, p. 9 a 36.

¹⁰⁸⁷ MATTARELLA, Bernardo Giorgio. Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione. *Giornale di diritto amministrativo*. Milano, v. 2, 2012, *apud* DE CAMARGO, Patrícia Maria Seger; DE OLIVEIRA, Celmar Corrêa, Lei de improbidade administrativa brasileira: mecanismo preventivo à boa administração pública?, **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 12, n. 1, p. 41–64, 2017. Os autores lembram que a corrupção administrativa tem noção mais ampla quanto aos atos que são fonte de responsabilidade.

¹⁰⁸⁸ Ressalte-se, entretanto, que muito embora a Súmula Vinculante nº 13 expressamente proíba a nomeação de parentes de autoridades no serviço público, a nomeação de familiares para o exercício de cargo de natureza política ainda será julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário (RE) 1133118, com repercussão geral reconhecida, uma vez que existem interpretações diversas quanto ao alcance da vedação prevista na citada súmula.

que no âmbito de cada órgão ou entidade da Administração Pública Federal¹⁰⁸⁹ estão vedadas as nomeações, contratações ou designações para ocupar cargo em comissão ou função de confiança, para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público¹⁰⁹⁰ e para estágio¹⁰⁹¹: (i) de familiar de Ministro de Estado, (ii) de familiar da autoridade máxima administrativa do órgão ou do ente e (iii) de familiar ocupante de cargo com comissão ou função de confiança (artigo 3º); definindo familiar como "o cônjuge, o companheiro ou o parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau" (artigo 2º, inciso III). Note-se que, assim como a súmula vinculante nº 13 do STF, o Decreto nº 7.203/2010 também ampliou a previsão com relação à Lei nº. 8112/90, para abranger a irregularidade da contratação de familiares de até 3º grau. Além disso, referido decreto vedou a contratação direta (sem licitação) de pessoa jurídica cujo administrador ou sócio com poder de direção seja familiar de ocupante de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou pela contratação de seu superior hierárquico (artigo 3º, § 3º). Entende-se que em ambos os casos - contratação de pessoa física e de pessoa jurídica - o dano à Administração Pública e a mácula aos princípios constitucionais que amparam o atuar administrativo são presumidos.

No entanto, existem ainda outras situações que podem configurar prática de nepotismo, mas que requerem apuração específica: o nepotismo cruzado e a contratação de familiares para a prestação de serviços terceirizados. A vedação ao nepotismo cruzado - o qual ocorre quando há um ajuste para burlar as restrições ao nepotismo, especialmente mediante nomeações ou designações recíprocas - está prevista expressamente artigo 3º, § 1º do Decreto nº 7.203/2010. Já a proibição de contratação de familiares para prestação de serviços terceirizados está mencionada no artigo 6º, inciso II do mesmo normativo, que determina a necessidade de apuração específica na hipótese em que haja influência de agentes públicos no referido recrutamento.

Ocorre que para a análise de todas as hipóteses de nepotismo previstas é necessário que a Administração trate as informações de seus servidores relativas aos vínculos familiares até 3º grau, inclusive. Atualmente, via de regra, esse controle é feito por um simples documento autodeclaratório que o indivíduo preenche e assina antes da assunção do cargo ou da função pública, por exemplo, em que declara estar ciente da vedação à prática de nepotismo e que não infringe tal proibição.

¹⁰⁸⁹ Vale ressaltar que o Decreto nº 7.203/2010 considera de forma ampla o âmbito dos órgãos e entes públicos - nesse sentido, o parágrafo único do artigo 2º prevê que: "para fins das vedações previstas neste Decreto, serão consideradas como incluídas no âmbito de cada órgão as autarquias e fundações a ele vinculadas."

¹⁰⁹⁰ Exceto se precedida de regular processo seletivo, nos termos do inciso II do artigo 3º do Decreto nº 7.203/2010.

¹⁰⁹¹ Exceto se precedida de regular processo seletivo que assegure a isonomia entre os concorrentes, nos termos do inciso III do artigo 3º do Decreto nº 7.203/2010.

Essa forma de controle, como demonstram os estudos sobre a teoria geral da decisão e sobre a desonestidade analisados na segunda parte desta pesquisa, pode, de alguma forma, impactar positivamente na prática de nepotismo seja por criar no indivíduo que assina tal declaração um senso de responsabilidade maior quanto ao tema do que ele teria caso nada tivesse firmado, seja por servir de lembrete da conduta proibida, seja por lhe incutir algum temor com relação às consequências de um eventual falseamento da verdade. No entanto, também não há como negar que se trata de uma medida de controle fraca, que ainda que consiga alterar a probabilidade de ocorrência do risco em alguma medida, muito possivelmente não consegue modificar a magnitude deste risco por si só.

Assim, pensando de forma exclusivamente racional, a melhor maneira de se conseguir efetivamente detectar a prática de nepotismo seria criar um enorme banco de dados com informações familiares de todos os agente públicos atuantes no âmbito de determinado órgão ou entidade da Administração Pública Federal¹⁰⁹² - inclusive com acesso a informações de registro civil bem como de outros bancos de dados federais em que constam esse tipo de informações¹⁰⁹³ -, possibilitando-se o cruzamento de dados sempre que algum servidor vá assumir uma função comissionada ou ainda, possibilitando o cruzamento destes dados com os dados daquele que, não sendo servidor público, vá assumir um cargo em comissão ou vá ser contratado como terceirizado, por exemplo, ficando condicionada tal designação ou contratação à apresentação de tais informações familiares.

Considerando a definição de dados pessoais trazida pela LGPD brasileira (Lei nº 13.709/2018), esse tratamento de dados pode ser considerado um tratamento de dados pessoais - nos termos do artigo 5º, inciso I, entende-se como dado pessoal, no âmbito da LGPD, a "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável", o que segue na mesma linha do RGPD europeu¹⁰⁹⁴. Dessa forma, ao se montar uma espécie de banco genealógico de cada um dos servidores públicos, estar-se-á tratando seus dados pessoais (já que a partir destas referências familiares o indivíduo poderá facilmente ser identificado) e, mais que isso, pode se estar diante inclusive de dados pessoais sensíveis, uma vez que tais

¹⁰⁹² Lembrando que, como já exposto, o Decreto nº 7.203/2010 considera de forma ampla o âmbito dos órgãos e entes públicos - nesse sentido, o parágrafo único do artigo 2º prevê que: "para fins das vedações previstas neste Decreto, serão consideradas como incluídas no âmbito de cada órgão as autarquias e fundações a ele vinculadas."

¹⁰⁹³ Como, por exemplo, banco de dados de seguridade social, banco de dados referentes a benefícios fiscais etc.

¹⁰⁹⁴ Muito embora este último, ao contrário da lei brasileira, efetivamente esclareça o que se entende por pessoa identificável - nesse sentido, o artigo 4º, nº 1 prevê que "é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular".

referências familiares podem, no limite, ainda indicar a origem racial ou étnica do indivíduo, informações referentes à sua vida sexual ou até mesmo informações genéticas.

Sendo assim, ao menos a princípio, um tal banco de dados que contenha todas as informações familiares até terceiro grau de todos os servidores e agentes públicos de determinado órgão ou entidade pública atingiria de forma bastante restritiva o direito à proteção de dados pessoais dos servidores públicos. Ainda que se considere que tal direito fundamental tem âmbito de proteção efetivo comprimido - o que poderia indicar, ao menos em tese, a viabilidade jurídica de tal banco de dados -, entende-se que a análise, no caso concreto, deve considerar ainda alguns outros aspectos: (i) se há a possibilidade de tal tratamento ser efetivado em estrita observância aos princípios que amparam o tratamento de dados pessoais (em especial: finalidade, adequação, necessidade, qualidade dos dados e não discriminação); (ii) se tal tratamento de dados respeita as regras específicas para tratamento de dados pessoais pelo Poder Público (por exemplo, as possibilidades de tratamento, as hipóteses de compartilhamento de dados etc) bem como as regras de tratamento de dados sensíveis; (iii) se há viabilidade técnica para elaboração de tal banco de dados, considerando os limites da capacidade tecnológica da Administração Pública; (iii) se há viabilidade fática, tendo em vista, inclusive, muitas vezes, a dificuldade de se identificar todos os parentes até 3º grau de cada um dos servidores; (iv) se há viabilidade econômica desse controle (criação de sistemas, coleta de dados, formas de monitoramento etc) especialmente quanto aos resultados obtidos comparando o custo potencial dos casos de nepotismo que passam ao largo do controle autodeclaratório e o custo potencial de implementação desse controle pormenorizado; (v) se, ao fim, considerando todos esses aspectos, a implementação de tal controle se adequa à regra da proporcionalidade.

Mesmo que ultrapassados tais requisitos, entretanto, é necessário ter cautela para se afirmar a viabilidade jurídica de tal banco de dados, especialmente por poder abranger dados pessoais sensíveis e, em especial, em razão da preocupação quanto à criação de perfis e à possibilidade de se gerar situações de discriminação. De fato, parece que a ampliação da vedação para englobar parentes até terceiro grau, embora de inegável valor por significar um reforço positivo aos princípios da moralidade e da impessoalidade aplicáveis à atuação administrativa (nos termos do artigo 37, caput da Constituição), pode ter representado, por todos os demais aspectos citados acima (fáticos, técnicos, econômicos), a não adequação de tal medida de controle à regra da proporcionalidade. Ou seja, a ampliação do objeto da vedação pode ter inviabilizado um controle mais objetivo (e possivelmente mais eficaz), ao menos no atual estágio da realidade administrativa e social brasileira. E, nesse contexto, aparentemente cabe à gestão de riscos buscar trabalhar o problema prioritariamente no campo comportamental - inclusive com a possibilidade de utilização de *nudges*, ao menos

para tentar identificar eventuais situações de nepotismo que ultrapassem o controle autodeclaratório - e no campo ético, a partir de uma concepção de integridade pública.

1.6. O tratamento de dados patrimoniais dos servidores públicos como medida mitigatória de enriquecimento ilícito

Outra discussão que tem ganhado corpo no âmbito da gestão de riscos para a integridade diz respeito ao tratamento de dados patrimoniais dos servidores públicos como medida de mitigação do risco de enriquecimento ilícito, por meio de um acompanhamento periódico e sistemático, pela Administração, da evolução patrimonial de tais agentes públicos.

A ideia geral de enriquecimento ilícito costuma estar atrelada a uma das formas mais comezinhas de corrupção, já que se relaciona, em regra, com o recebimento de propina, pelo servidor, em razão de seu cargo público¹⁰⁹⁵. Com efeito, tanto a Convenção Interamericana contra a Corrupção, internalizada no âmbito normativo brasileiro por meio do Decreto nº 4.410/2002, quanto a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687/2006, determinam aos Estados-Parte que prevejam como delito, em seu ordenamento interno, o enriquecimento ilícito, definido por aquela como "aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente" (artigo IX) e por esta como "o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativo aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele" (artigo 20).

No Brasil, o enriquecimento ilícito é considerado um ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que prevê que o ilícito se configura por meio da auferição de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do cargo, mandato, função, emprego ou atividade públicas e indica um rol exemplificativo de condutas que configuram tal irregularidade. Para a análise aqui proposta, entretanto, compete analisar especificamente o disposto no inciso VII do citado artigo 9º, segundo o qual constitui enriquecimento ilícito "adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público".

É importante pontuar - embora o maior detalhamento da discussão fuja aos limites desta pesquisa - que tal previsão gerou questionamentos na doutrina brasileira, por ter se

¹⁰⁹⁵ Essa é, inclusive, a definição legal de corrupção passiva, segundo o Código Penal brasileiro, qual seja: "solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem", havendo previsão de aumento de pena "se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional" (artigo 317).

entendido que a referida norma estaria criando uma presunção de ilicitude¹⁰⁹⁶ ou de culpabilidade (no sentido de que o citado aumento patrimonial teria decorrido do recebimento indevido de valores, relacionado à atividade pública do servidor) que inverteria o ônus da prova - assim, a demonstração, pela Administração, do descompasso patrimonial (incompatibilidade entre o aumento de patrimônio e a renda do agente) seria suficiente para caracterizar o enriquecimento ilícito, cabendo ao servidor justificar o acréscimo, comprovando a origem lícita de seus bens e rendimentos. Parte da doutrina, entretanto, se insurgiu contra este entendimento, especialmente porque, além de aparentemente desafiar a garantia constitucional de presunção de inocência, não havia na lei previsão expressa dessa inversão do ônus da prova¹⁰⁹⁷, o que seria necessário, tendo em vista o seu caráter excepcional ao afastar a regra processual geral *actori incumbit probatio*.¹⁰⁹⁸

Contudo, no âmbito da Administração Pública federal brasileira, tem prevalecido o entendimento de que a citada regra prevista no artigo 9º, inciso VII da Lei de Improbidade Administrativa criou uma presunção legal de fato (não de culpa), no sentido de que, havendo evolução patrimonial que não se sustente completamente na renda do agente público¹⁰⁹⁹, há desproporção ou incompatibilidade (presunção de fato), a qual se mantém até que o servidor demonstre a origem regular do acréscimo patrimonial. Não haveria, assim, uma inversão do ônus da prova porque, alfim, cabe à Administração fazer a prova da desproporção patrimonial (o que corresponde ao ilícito previsto na Lei de Improbidade Administrativa) - sem

¹⁰⁹⁶ Veja-se, nesse sentido, a doutrina de Nicolao Dino de Castro Costa Neto (Improbidade Administrativa: aspectos materiais e processuais, *in*: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.), **Improbidade administrativa - 10 anos da Lei nº 8.429/92**, Belo Horizonte: Del Rey, 2002): "Ora, qual é a probabilidade de um agente público adquirir, de forma lícita, um bem cujo valor seja incompatível com a evolução de seu patrimônio ou de sua renda? A resposta é nenhuma. Existe impossibilidade material e lógica de qualquer pessoa incorporar lícitamente ao seu patrimônio bens que sejam desproporcionais à sua receita. Não há aí uma mera presunção, mas uma certeza matemática de que inexistente possibilidade lícita de agregação patrimonial para um agente público cuja única fonte de receita seja o exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública"

¹⁰⁹⁷ TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida, **Discrecionalidade administrativa: ação de improbidade & controle principiológico**, 2ª. Curitiba: Juruá, 2009, p. 195.

¹⁰⁹⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino, **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**, 7ª. São Paulo: Atlas, 2018, *ebook*. O autor acrescenta ainda que: "Além disso, o legislador, efetivamente, não pretendeu a inversão do ônus da prova, posto que o projeto continha originalmente, no que era seu artigo 26, a estipulação da inversão do ônus da prova no caso de enriquecimento sem causa (antigo inciso VII do artigo 12, atual inciso VII do artigo 9º), o qual dizia: "quando a ação civil tiver por fundamento o inciso VII do artigo 12, cabe ao agente público ou beneficiário demonstrar a origem lícita dos recursos financeiros utilizados para a aquisição de valores ali mencionados". Entretanto, esse dispositivo, excluído na Câmara dos Deputados, não foi convertido em lei, o que demonstra, também, não caber, na espécie, a inversão excepcional do ônus dessa prova. Portanto, o ônus da prova do enriquecimento sem causa lícita é do autor, não havendo qualquer previsão legal de sua inversão na ação civil de improbidade."

¹⁰⁹⁹ Entendendo-se a renda como composta tanto pela remuneração do cargo público quanto por outros rendimentos ou recursos lícitos.

necessidade de comprovação de fato ilícito antecedente¹¹⁰⁰ - competindo ao servidor, de outro lado, a prova em sentido contrário, para afastar a presunção de irregularidade.¹¹⁰¹

A medida de mitigação analisada neste ponto, tem a ver, pois, com esta presunção de fato e com a regra do artigo 9º, inciso VII - com efeito, alguns órgãos da Administração Pública Federal (como o Ministério da Economia e a Receita Federal) vinham, já há algum tempo, promovendo um acompanhamento periódico e sistemático da evolução patrimonial de seus agentes públicos - considerando que, em regra, há uma limitação fática quanto à realização de tal acompanhamento para todos os agente públicos, normativos internos geralmente estabeleciam critérios objetivos, técnicos e impessoais para se definir quais os agentes seriam objeto de tal monitoramento.

Considerando a já citada definição de dados pessoais constante da LGPD¹¹⁰², parece possível afirmar que essa análise periódica do patrimônio do indivíduo, de forma global e

¹¹⁰⁰ No ponto, cite-se trecho do Parecer nº 057/2006 ASJUR/CGU-PR, da Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União: "22. Ressalte-se que nenhum sentido faria a presença, na lei de improbidade administrativa, do inciso VII do artigo 9º, caso fosse necessário apresentar provas do dito *fato antecedente*. Afinal, essas outras condutas já se encontram tipificadas como crimes ou atos de improbidade - além dos atos de improbidade, propriamente ditos, os delitos de corrupção passiva, peculato, concussão, advocacia administrativa, entre outros. A exigir-se a prova do antecedente para configuração do ato de improbidade, seria convertida em letra morta aquela disposição legal. 23. A dispensa da prova do fato antecedente não acarretará ensejo para a prática de arbitrariedades no serviço público. Sob pena de nulidade, sempre serão concedidas oportunidades ao servidor para esclarecer a origem de seu patrimônio, consoante os procedimentos previstos no Decreto nº 5.483/2005, seguido, se for o caso, do devido processo administrativo disciplinar. Apenas depois disso é que se poderia aplicar a penalidade ao servidor ímprobo."

¹¹⁰¹ Veja-se, nesse sentido, os seguintes trechos das manifestações exaradas pela Consultoria-Geral da União, órgão da Advocacia-Geral da União: (i) do Despacho nº 361/2006 do Consultor-Geral da União, devidamente aprovado pelo Advogado-Geral da União, que fixou entendimento de que a Lei nº 8.429/92 não estabelece uma presunção de culpa, mas sim uma presunção de fato, "supondo verdadeiro que a aquisição de bens de valor incompatível com a evolução do patrimônio ou da renda do servidor é uma aquisição de bens de valor desproporcional, e essa presunção prevalece até que o servidor demonstre que esse fato não é verdadeiro."; e (ii) da ementa do Parecer nº 53/2018/DECOR/CGU/AGU: "2. Não desgarrar da boa interpretação a ideia de que do normativo do artigo 9º, inciso VII da Lei nº 8.429/92 resulta uma presunção legal. É que o texto mencionado estabelece ser fato certo a desproporção e dos bens adquiridos e a renda do agente público (esta, aliás, considerada logicamente como a renda pessoal do servidor que pode ser composta pela remuneração do cargo e outros rendimentos ou recursos lícitos, e pois não apenas pela remuneração do cargo) de tal maneira que quando há aquisição de bens com valor incompatível com a evolução do patrimônio ou da renda do servidor há certeza de fato da desproporção. Em outros termos, a lei não estabelece aí uma presunção de culpa, mas uma presunção de fato, supondo verdadeiro que a aquisição de bens de valor incompatível com a evolução do patrimônio ou da renda do servidor é uma aquisição de bens de valor desproporcional, e essa presunção prevalece até que o servidor demonstre se esse fato não é verdadeiro. Por certo não há aí nem presunção institucional de culpa nem inversão do ônus da prova já que a administração fez a prova da desproporção pela demonstração do valor dos bens adquiridos e da evolução do patrimônio ou da renda do servidor. A atribuição definitiva da responsabilidade por ato de improbidade ou a aplicação da penalidade disciplinar, mesmo à base dessa presunção de fato, no entanto, não prescinde da oportunidade de defesa em que o servidor poderá desfazer a presunção de fato com as provas que dispuser. Mas este é um ônus do servidor não da Administração."

¹¹⁰² Nos termos do artigo 5º, inciso I: "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável".

considerando sua evolução em determinado período de tempo, pode ser classificada como um tratamento de dados pessoais. De forma ainda mais ampla, tais informações estariam protegidas, *a priori*, pelo direito à privacidade do sujeito, sendo integrantes daquela parcela de informações que o indivíduo compartilha apenas com um determinado grupo de pessoas. Vale lembrar que, muito embora boa parte desses dados patrimoniais sejam públicos, isso não descaracteriza a proteção da *informacional privacy*¹¹⁰³.

Não obstante, existem previsões legais no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro que determinam a obrigatoriedade de o servidor público levar ao conhecimento da Administração as informações sobre seu patrimônio. Com efeito, a Lei nº 8.730/93 prevê a obrigação de que determinados agentes públicos apresentem, no momento da posse ou do início do exercício bem como no final de cada exercício financeiro e ao término de suas atividades, declaração de bens, com indicação das fontes de renda¹¹⁰⁴ - no mesmo sentido da previsão contida no artigo 13, da Lei portuguesa nº 52/2019, embora esta última demande informações mais específicas e abrangentes. Além disso, no âmbito brasileiro, também a já citada Lei nº 8.429/92 prevê, em seu artigo 13¹¹⁰⁵, a obrigatoriedade de o servidor público levar ao conhecimento Administração as informações sobre seu patrimônio quando do ingresso no serviço público e, depois, periodicamente, sobre sua evolução patrimonial, podendo ser punido com demissão quem se recusar a prestar tais informações no prazo determinado ou as prestar falsas.

¹¹⁰³ Vale ressaltar que o § 3º do artigo 7º da LGPD dispõe que "o tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização".

¹¹⁰⁴ Nos termos do artigo 1º da referida Lei nº 8.730/93, tal obrigação se aplica ao Presidente da República, ao Vice-Presidente da República, aos Ministros de Estado, aos membros do Congresso Nacional, aos membros da Magistratura Federal, aos membros do Ministério Público da União e a todos quantos exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União.

¹¹⁰⁵ *Verbis*: "artigo 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

§ 1º A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizado no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.

§ 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.

§ 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa.

§ 4º O declarante, a seu critério, poderá entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Delegacia da Receita Federal na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, com as necessárias atualizações, para suprir a exigência contida no caput e no § 2º deste artigo."

A referida obrigação de disponibilização de dados foi inicialmente regulamentada pelo Decreto nº 5.483/2005, recentemente revogado pelo já citado Decreto nº 10.571/2020, no qual fica estabelecida a competência da Controladoria-Geral da União e da Comissão de Ética Pública para, no âmbito de suas atribuições, fiscalizar a apresentação, pelos agentes públicos, da declaração de bens¹¹⁰⁶. Além disso, o citado Decreto determina que a Controladoria-Geral da União analise a evolução patrimonial dos agentes públicos federais, sendo que tal análise poderá ser utilizada também pela Comissão de Ética Pública para instruir os processos administrativos no âmbito de sua competência (artigo 11). Ou seja, o normativo determina que a Administração Pública realize um tratamento de dados pessoais de seus servidores públicos - dados do patrimônio global do indivíduo e de sua evolução ao longo do tempo -, de forma sistemática e periódica, com o intuito de verificar indícios de ocorrência de enriquecimento ilícito. A partir deste monitoramento, caso sejam constatados indícios de evolução patrimonial incompatível com os rendimentos do servidor, deverá ser instaurado, conforme o caso, sindicância patrimonial ou processo administrativo disciplinar.

A par da intensa discussão anterior sobre a legitimidade deste acompanhamento proativo da evolução patrimonial dos servidores públicos federais - em especial por violação do direito fundamental à privacidade dos servidores públicos, designadamente defendendo-se a necessidade de decisão judicial de quebra do sigilo fiscal do servidor público para tal tratamento de dados e a inviabilidade de compartilhamento de dados fiscais pela Fazenda Pública para o mesmo fim, diante da previsão do artigo 198¹¹⁰⁷ do Código Tributário Nacional (CTN) -, o Decreto nº 10.571/2020 terminou decidindo o conflito em prol do controle.¹¹⁰⁸

¹¹⁰⁶ O referido Decreto nº 10.571/2020 prevê que, caso haja descumprimento - seja por recusa seja por apresentação de declaração falsa -, compete à CGU a instauração do processo disciplinar, no qual pode ser aplicada pena de demissão, e à Comissão de Ética a instauração do processo ético (artigo 6º e 7º). O normativo determina ainda que a CGU mantenha e gerencie um banco de dados com o histórico e o inteiro teor de todas as declarações de bens apresentadas, informações que poderão ser acessadas pela própria CGU e pela Comissão de Ética Pública.

¹¹⁰⁷ *Verbis*: "artigo 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no artigo 199, os seguintes: (...)

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa."

¹¹⁰⁸ De fato, antes da previsão expressa contida no Decreto nº 10.571/2020, havia questionamentos sobre possíveis entraves a esse acompanhamento da evolução patrimonial do servidor público, especialmente relacionados com o direito fundamental à privacidade: (i) de que tal tratamento de dados necessitaria de prévia decisão judicial de quebra do sigilo fiscal do servidor público cujo patrimônio seria avaliado; e (ii) que o compartilhamento de dados fiscais pela Fazenda Pública para a finalidade deste monitoramento estaria em desacordo com o artigo 198 do Código Tributário Nacional. Com relação à primeira objeção - referente à necessidade de decisão judicial para quebra do sigilo fiscal dos servidores públicos - argumentava-se que um pedido nesse sentido só poderia ocorrer motivado

De fato, entende-se que, nesse caso, ainda que não houvesse regra expressa nesse sentido, o sopesamento entre as razões que fundamentam o controle e as razões que justificam o sigilo dos dados patrimoniais dos servidores tenderia a ser resolvido em prol daquelas, cuja carga valorativa, no caso, parece maior. Veja-se:

À partida, parece necessário que a situação da intervenção estatal na privacidade dos servidores públicos - designadamente com relação à sua evolução patrimonial - seja contextualizada: trata-se de uma medida mitigatória do risco de enriquecimento ilícito, que visa fazer frente a técnicas cada mais mais sofisticadas de fraudes, ocultação de patrimônio, transferências de valores quase sem rastro utilizadas na tentativa de dissimular eventual recebimento de propinas. Ou seja, é uma situação em que, sem sombra de dúvidas, não há

pela existência de notícia ou de indícios de enriquecimento ilícito, não sendo possível se presumir que a vantagem patrimonial indevida decorreu em razão do vínculo funcional (estaria em pauta, aqui, o princípio da presunção de inocência em prol do servidor público). Ou seja, defendia-se que os dados estariam protegidos pelo direito à privacidade do servidor público, de forma que seu tratamento dependeria de decisão judicial bem como da existência de uma provocação (notícia de fato ou indícios) que impulsionasse a atuação administrativa no sentido da investigação do ilícito. Em sentido contrário, no entanto, justificava-se que a análise, pela Administração, dos dados fiscais dos servidores públicos - a partir das informações obtidas por meio do artigo 13 da Lei nº 8.429/92 e da Lei nº 8.730/93 - não importaria em quebra de sigilo fiscal nem bancário, uma vez que tais informações seriam fornecidas livremente pelo servidor. Com relação à segunda objeção - referente à incompatibilidade entre tal acompanhamento da evolução patrimonial dos servidores públicos de forma proativa (e preventiva) pela Administração e o artigo 198 do CTN - argumentava-se que referida regra tributária condiciona o compartilhamento, pela Fazenda Pública, de informações referentes à situação econômica ou financeira, com outros órgãos da Administração Pública, à comprovação da instauração de regular processo administrativo, no âmbito do órgão ou da entidade que requer a informação, para investigação por prática de infração administrativa do sujeito ao qual se referem os dados. Ou seja, de acordo com a citada norma, o compartilhamento de dados depende da prévia instauração de procedimento administrativo específico com escopo de investigar determinado servidor (e que, como se trata de exceção à regra geral do sigilo dos dados fiscais, a interpretação da norma que permite o compartilhamento deve ser estrita). Na contramão, defendia-se a possibilidade de instauração - nos termos da Portaria CGU nº 335/2006 e, posteriormente, da Instrução Normativa CGU nº 14/2018 - tanto de investigação preliminar quanto de sindicância patrimonial de ofício (ou seja, independentemente da existência de notícia prévia, de denúncia, de indícios de enriquecimento ilícito), o que, a princípio, autorizaria o acesso excepcional aos dados fiscais dos servidores públicos. Defendia-se, ademais, em prol da possibilidade do monitoramento proativo da evolução patrimonial dos servidores públicos que a previsão da obrigatoriedade de todos os servidores apresentarem suas declarações de bens determinava, até por um questão de lógica e de finalidade, que a Administração não fosse uma mera detentora passiva destas informações; na verdade, a obrigação da apresentação das informações patrimoniais pelos servidores autorizaria (ou até determinaria) uma atuação proativa da Administração Pública, no sentido de acompanhar a evolução patrimonial dos sujeitos, investigar as declarações e punir os servidores (inclusive nos casos de declarações falsas, uma vez que parece um contrassenso que se possibilite a aplicação de penalidade a quem apresentar uma declaração falsa e não se reconheça o dever de investigação, pela Administração, da veracidade de tais documentos). Na verdade, argumentava-se que, caso ocorresse denúncia de alguma prática irregular, a autoridade competente deveria instaurar um procedimento específico para investigação, no bojo do qual poderia solicitar diversas informações à Fazenda Pública com fundamento no artigo 198 do CTN, caso em que o acesso a tais informações independeria de qualquer autorização ou da entrega de declaração pelo servidor (e, inclusive, poderia englobar informações ainda mais completas do que aquelas constantes da declaração de bens apresentada pelo servidor público à Administração). E, por fim, ainda se pontuava que muitas vezes as declarações de bens disponibilizadas pelo servidor público à Administração sequer serviam como instrumento preventivo de enriquecimento ilícito e de combate à corrupção, uma vez que nem mesmo abrange os bens sob a posse do agente público nem as interpostas pessoas envolvidas.

paridade de armas, com uma enorme defasagem para o Estado, para a atividade pública e para a própria sociedade, que geralmente sofrem vultosos prejuízos. Conseguir realizar um acompanhamento periódico da evolução patrimonial dos servidores públicos - ainda que não de todos, mas daqueles que o processo de gestão de riscos demonstrar estarem em situação de maior vulnerabilidade, por exemplo - pode significar um salto de qualidade na atuação do controle estatal, no mínimo, com relação ao tempo necessário para se desvendar esquemas de corrupção e de se buscar estancar a fonte de recursos ilegais de forma a se tentar minimizar os prejuízos. Daí se concluir que o acompanhamento patrimonial dos agentes públicos tem altíssima relevância no combate à corrupção, o que parece mais um forte argumento em prol do controle estatal.

Além disso, a justificativa para a possibilidade do controle estatal preventivo avançar sobre o direito à privacidade dos servidores públicos nesses casos parece melhor se amoldar à posição de superioridade da Administração na relação de sujeição especial e a todos os argumentos daí decorrentes que fundamentam a concepção mais comprimida do âmbito de proteção efetivo do direito à privacidade dos servidores públicos, de forma muito especial, a posição preferencial do direito à informação da sociedade (fazendo com que o Estado-empregador e a própria sociedade disponham de mais um instrumento para acompanhar a lisura no desempenho de sua atividade pública).

Por fim, cabe destacar que parece bastante questionável defender-se a necessidade de consentimento do servidor público para tal tratamento de dados, especialmente porque a disponibilização das informações patrimoniais à Administração Pública é uma condição para posse no cargo público e exercício regular da atividade pública - sendo assim, ao que parece, assentir no acesso do Estado a esses dados não é uma decisão livre do servidor público. E, sendo assim, aumenta a importância da necessidade de se informar prévia, clara e ostensivamente todos os servidores sobre a possibilidade da realização de tal monitoramento. Ademais, vale lembrar que, como a medida é uma hipótese de tratamento de dados pessoais, deverão ser observados todos os princípios que norteiam tal atuação, em especial, o princípio da finalidade, não sendo lícito à Administração a utilização dos dados constantes das declarações de bens para outras finalidades que não o controle interno.

1.7. O comportamento humano como ferramenta de mitigação dos riscos de quebra de integridade

Por fim, é chegada a hora de analisar talvez o mais amplo instrumento - especialmente em razão de sua abrangência subjetiva - de controle de conduta preventivo: o que decorre dos achados das ciências comportamentais.

Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka classificam as causas da corrupção em três categorias amplas, que interagem entre si para determinar os níveis e os tipos de corrupção em cada caso: (i) as instituições formais, tais como a estrutura política e o ordenamento jurídico, que ajudam a moldar a cultura e a atividade das pessoas em relação à corrupção; (ii) os incentivos específicos, os quais podem influenciar as escolhas dos indivíduos na decisão de se envolver em um ato de corrupção, de forma que uma forte cultura organizacional contra a corrupção aliada ao monitoramento, às possibilidades reais de detecção e às sanções proporcionais criam incentivos muito diferentes de um ambiente em que a corrupção é tolerada ou mesmo incentivada; e (iii) a ética pessoal, uma vez que existem pessoas que têm convicções morais tão fortes que vão resistir a qualquer proposta de corrupção, já outras não têm nenhum pudor em utilizar a corrupção para atingir seus propósitos, mas a maioria, embora tenha um senso de moralidade, permite essa noção ser superada pelo preço certo (lembrando que as percepções da corrupção podem contribuir para moldar essa ética pessoal: quanto mais o indivíduo perceber a corrupção como norma, mais ele se envolverá em corrupção).¹¹⁰⁹

Em sentido aproximado ao último ponto, Luís Moreno-Ocampo, ex-Procurador-Geral do Tribunal Penal Internacional, afirma ser possível classificar os membros de uma organização - pública ou privada - em verdes, amarelos e vermelhos: verdes são aqueles que, independentemente das circunstâncias são íntegros, incorruptíveis, têm uma alta motivação intrínseca para agir corretamente, sendo capazes de renunciar a qualquer benefício que lhes custe uma parcela mínima de sua dignidade; amarelos são aqueles oportunistas ocasionais, ou seja, que, são capazes de cometer alguns deslizes a depender das circunstâncias, principalmente, caso acreditem que não serão descobertos e responsabilizados; e vermelhos são aqueles completamente desonestos. Mas, além disso, os amarelos podem se tornar "esverdeados" ou "avermelhados" a depender do contexto fático e institucional em que se inserem (por exemplo, se são chefiados por um verde ou por um vermelho).¹¹¹⁰

¹¹⁰⁹ ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J., **Corruption and government: causes, consequences, and reform**, Second edition. New York, NY: Cambridge University Press, 2016, p. 523 a 618.

¹¹¹⁰ ZENKNER, Marcelo, Quem são os destinatários de um sistema de integridade? Disponível em <<https://www.fabiomedinaosorio.com.br/marcelo-zenkner-quem-sao-os-destinatarios-de-um-sistema-de-integridade/>> acesso 05 jan 2019. De acordo com o autor, para ilustrar tal classificação Moreno-Ocampo se valeu da seguinte metáfora: "em uma sala hermeticamente fechada, haveria uma cadeira, uma mesa repleta de dinheiro alheio e uma câmera filmando todas as ações. Um indivíduo "verde" pode ficar um longo período de tempo na sala, inclusive com a câmera desligada, e jamais subtrairá qualquer valor; o "amarelo", se possuir a certeza de que a câmera está desligada e que jamais poderá ser responsabilizado, não hesitará em desviar uma parcela daquela importância em proveito próprio, pois a oportunidade pecuniária desperta seu apetite e o impele a se revelar; o "vermelho", por fim, não apenas desviará todo o dinheiro como também subtrairá a câmera."

Considerando as conclusões de Rose-Ackerman e Palifka expostas *supra* bem como os achados das pesquisas de Dan Ariely sobre a desonestidade - inclusive a premissa de que, na realidade, as pessoas são desonestas não na medida em que comparam custos e benefícios da desonestidade, mas sim dentro de uma margem de manobra que as deixa confortáveis para, ainda assim, sem sentirem honestas -, é possível concluir, utilizando a alegoria de Moreno-Ocampo, que, ao menos em tese, em um grupo de servidores públicos que exerçam suas atividades em determinado órgão público, os verdes e os vermelhos são minoria; a maioria dos indivíduos são "amarelos", ou seja, podem praticar atos desonestos passíveis se enquadrar em suas margens de manobra.

Para os verdes, portanto, os programas de integridade são praticamente inócuos - é que sua motivação intrínseca é tão forte que, independentemente de tais programas ou de qualquer outro fator externo, agirão de forma correta, honesta, proba¹¹¹¹; também costumam ter pouca eficácia com relação aos vermelhos, que têm motivação intrínseca muito baixa para agir de forma correta. Assim, na realidade, os programas de integridade, via de regra, efetivamente constituem elementos diferenciais para os amarelos e, de forma bastante residual, para os vermelhos. Ocorre que, muitas vezes, tais programas mais se preocupam com os vermelhos (que são minoria) do que com os amarelos; o grande problema é que, via de regra, as medidas que funcionam para aqueles podem não ter bons resultados para esses e vice-versa. É que todo o processo de decisão e de ação é diferente entre eles, de forma que aparentemente não se atinge, com o mesmo instrumento, aspectos semelhantes de um e de outro. Com efeito, enquanto os vermelhos têm baixa motivação intrínseca para agir corretamente (ou seja, não se guiam por uma bússola moral forte ou por um sentimento de empatia, por exemplo), necessitando, portanto, de constantes estímulos externos para atuarem de maneira ética e proba, os amarelos, muito embora possuam motivação intrínseca, muitas vezes atuam de forma dissociada dessa motivação, diferindo seu comportamento a depender do ambiente em que se encontrem, com uma maior flexibilidade moral do que os

¹¹¹¹ Aproxima-se da figura do idealista de José Ingenieros (**O homem medíocre**, 2ª. São Paulo: Cone Editora, 1913 (2012), p. 11 a 40). Nas palavras do autor: "Os idealistas soem ser esquivos ou rebeldes aos dogmatismos sociais que os oprimem. Resistem à tirania da engrenagem niveladora, aborrecem toda coação, sentem o peso das honrarias com que se tenta domesticá-los, e torná-los cúmplice dos interesses criados, dóceis, maleáveis, solidários, uniformes, na comum mediocridade."(...) "Alguns ideais se revelam como paixão combativa e outros com pertinaz obsessão; de igual maneira, distinguem-se dois tipos de idealistas, de acordo com o que neles predomina: o cérebro ou o coração. O idealismo sentimental é romântico: a imaginação não é inibida pela crítica, e os ideais vivem de sentimento. No idealismo experimental, os ritmos afetivos são veiculados pela experiência, e a crítica coordena a imaginação: os ideais tornam-se reflexivos e serenos. O primeiro é adolescente, cresce, faz esforços, luta; o segundo é adulto, fixa-se, resiste, vence. O idealista perfeito seria romântico aos vinte anos, e, estóico aos cinquenta; é tão anormal o estoicismo na juventude, como o romantismo na idade madura. O que, a princípio, inflama a sua paixão, deve cristalizar-se depois, em suprema dignidade: essa é a lógica do seu temperamento."

verdes, ou seja, sendo capazes de, em alguns casos, agir de forma desonesta se o ambiente lhes favorecer e, principalmente, se for muito baixa a possibilidade de serem descobertos ou sancionados. Os vermelhos, portanto, são oportunistas (sempre que puderem e isso lhes trazer alguma benesse, vão agir desonestamente), agem da mesma forma independentemente do ambiente em que se encontrem, são desonestos e se sabem desonestos, embora isso não lhes afete em sua honra ou moral subjetiva. Os amarelos, por outro lado, têm uma configuração mais complexa - embora, em geral, ajam de forma correta e tenham motivação intrínseca para isso, têm muito maior facilidade de racionalizar que os verdes, têm dificuldade de identificar alguns dilemas éticos e, diferente dos vermelhos, são oportunistas apenas de ocasião, vêem-se como honestos e querem se ver como honestos, de forma que, em regra, só serão desonestos dentro da margem de manobra que permita que continuem se vendo como honestos.

É necessário, pois, que os programas de integridade falem também para os amarelos - não apenas para os vermelhos -, tanto porque os amarelos, em regra, são a maioria quanto porque, como já demonstrado antes, muitas das condutas desonestas são praticadas por pessoas honestas que ou não identificam os dilemas éticos nos quais estão inseridas ou os identificam, mas conseguem racionalizar sua atuação *um pouco* desonesta.

Com efeito, as ciências comportamentais têm demonstrado que a maioria das coisas erradas são feitas por pessoas boas - é que muitos indivíduos se tornam "eticamente cegos" (não conseguindo avaliar ou enxergar momentaneamente as implicações éticas de suas decisões e se desviando dos valores e princípios aos quais gostariam de se ater), de forma que a prática do ato irregular vai se tornando cada vez menos desconfortável¹¹¹² E esse é um grande problema porque, como demonstrado por Dan Ariely, à medida que se flexibiliza uma vez os limites morais, eles tendem a não voltar à posição anterior e se tornam mais aptos a novas "adaptações".

Nesse sentido é que se entende que as ciências comportamentais têm muito a contribuir para os programas de integridade públicos - especialmente, a partir da inserção de

¹¹¹² SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da, **Ética empresarial na prática: soluções para gestão e governança no século XXI**, Rio de Janeiro: Alta Books, 2018, p. 66. Segundo o autor (p. 67 a 68 e 118) existem alguns fatores que dão ensejo à situação de cegueira ética: (i) percepção distorcida da realidade - cada um de nós interpreta o mundo com sua própria lente, de acordo com seus próprios vieses cognitivos; ocorre que nossa percepção da realidade pode se tornar ainda mais limitada ou distorcida quanto passamos por pressões contextuais (como as decorrentes do contexto imediato em que estamos inseridos, o contexto organizacional - ou seja, a cultura e as práticas da organização na qual atuamos - e o contexto institucional (o ambiente em que nossa organização está inserida); e (ii) uma dinâmica temporal perversa, uma vez que o tempo é um fator-chave que pode induzir a decisões antiéticas ou ilegais, uma vez que: a falta de tempo nos pressiona a decidir rapidamente, muitas vezes sem compreender totalmente as implicações éticas de nossas ações, o tempo auxilia na sedimentação de práticas nas organizações que se tornam cada vez mais difíceis de mudar e o tempo possibilita mudanças graduais imperceptíveis, alterando o *status quo* lenta e continuamente, criando um "novo normal" que pode levar à corrupção e a comportamentos antiéticos.

nudges que possam direcionar os amarelos a tomarem a melhor decisão (já que, repise-se, além de serem maioria, os amarelos são mais tendentes a se deixar influenciar por tais tipos de iniciativas).

Dessa forma, por exemplo, é possível se pensar em medidas de controle comportamental que: (i) configurem "lembretes morais" em momentos-chave antes da tomada de decisão pelo servidor público; (ii) que reforcem periodicamente os valores do órgão e do servidor de forma geral, bem como as diretrizes do programa de integridade, uma vez que o indivíduo (especialmente seu S2) tem capacidade de apreensão e foco limitadas; (iii) que sirvam de alerta para o indivíduo sobre a necessidade de, naqueles casos, consultar S2 antes de decidir, seja, por exemplo, por meio de avisos ou, a depender do tipo de decisão a ser tomada, através de instrumentos que consigam forçar o servidor a demonstrar o processo de reflexão que tomou curso antes da decisão (uma espécie de motivação do ato mais qualitativa mas também subjetiva); (iii) no mesmo sentido, que também possam criar dificuldades para a atuação de S1, forçando-o a recorrer a S2; (iv) que considerem a necessidade de que as decisões, para serem tomadas por S2, necessitam imprescindivelmente de tempo e de uma situação "descansada", não devendo ser realizadas em condições de "esgotamento do ego" (daí a importância do tempo para se refletir e se tomar a decisão); (v) que diminuam as possibilidades de racionalização; (v) que construam um contexto, por meio de uma arquitetura de escolhas, que direcione o tomador de decisões à melhor decisão para o interesse público; (vi) não se constituam em regulação excessiva, mas em direcionamentos ou modelagens de conduta no sentido mais ético, mais probo e mais benefício para a Administração e para o interesse público (uma vez que, embora a alta regulação possa funcionar com os vermelhos, podem ter efeito adverso com os amarelos, por criar um ambiente desfavorável, de muita desconfiança).

Ocorre que, por outro lado, algumas dessas estratégias ou instrumentos podem afetar diretamente a liberdade de decisão dos servidores públicos a que se destinam, direcionando sua atuação para um rumo pré-determinado - ainda que para um rumo pró interesse público, não deixa de ser uma interferência no processo de decisão -, sem que o indivíduo sequer se dê conta disso. E, assim, mostra-se necessário ainda discutir se tais medidas não esbarrariam, de alguma forma, no direito fundamental à privacidade dos servidores públicos, especialmente em sua vertente de garantia de liberdade e de promoção do livre desenvolvimento da personalidade.

De fato, o que parece poder criar alguma celeuma em relação à estratégia do *paternalismo libertário* é realmente o lado "parternalista", já que, muito embora se busque ressaltar a liberdade de decisão no aspecto libertário, modificar um contexto decisório para buscar influenciar, por meio da arquitetura de escolhas, que determinada decisão (e não outras possíveis) seja tomada é influenciar no processo psicológico individual de tomada de

decisão. E, nesse sentido, afeta, ao que parece, diretamente aquele espaço mínimo livre de ingerências externas, no qual o indivíduo se coloca em contato com seus próprios pensamentos, consigo mesmo e sua singularidade, pois geralmente é nesse espaço (no caso, não físico, mas mental) que S2 trabalha desenvolvendo a reflexão necessária para amparar a tomada de decisão ou mesmo que se criam as conexões rápidas de S1, que permitem suas respostas quase automáticas. Noutras palavras, entende-se que a forma como atuam S1 e S2 de cada indivíduo necessariamente se relaciona com a forma como o indivíduo se desenvolve em sua privacidade, amadurece suas convicções e formas de pensar, estuda, reflete, desenvolve os aspectos de sua fé, matura seus entendimentos sobre questões políticas, comunitárias, sociais etc. Em suma: S1 e S2 parecem ser necessariamente forjados, em alguma medida, a partir do livre desenvolvimento da personalidade, de forma que um direcionamento externo desse processo aparentemente tem inegável influência naquele direito fundamental e, por consequência, também no direito fundamental à liberdade e à privacidade dos indivíduos.

Isso porque, como demonstrado, o objetivo principal do direito ao livre desenvolvimento da personalidade é garantir que o indivíduo não seja impedido de desenvolver sua própria personalidade e de se determinar de acordo com as suas convicções. É que, via de regra, as escolhas individuais, sejam elas tomadas no âmbito pessoal ou profissional, constroem ou reforçam quem somos, nossos traços característicos, nossas formas de pensar, a forma como nos vemos e como somos conhecidos pelas outras pessoas, enfim, nossas escolhas nos moldam como indivíduos - a partir do momento em que elas não forem completamente livres ou, dito de melhor forma, frutos de reflexões, interações, experiências, situações que nós *escolhemos* ter ou vivenciar, o quanto de nós pode estar sendo subtraído ou modificado? Especialmente se esse processo for contínuo e duradouro? Vale lembrar que o Tribunal Constitucional alemão, como dito anteriormente, no caso *Elfes*, ao tutelar o livre desenvolvimento da personalidade, qualificou-o como um direito à liberdade geral de ação, no qual ficaram salvaguardados não apenas o "fazer", mas também o "ser" fático e jurídico do indivíduo, garantindo-se, assim, a liberdade de se fazer ou de não se fazer aquilo que se quer. Nesse mesmo sentido, Alexy defende que sem a salvaguarda da inexistência de coerção exterior sobre o indivíduo na sua escolha entre determinadas alternativas de ação, não existe dignidade humana em sentido juridicamente relevante¹¹¹³. E

¹¹¹³ ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 354 a 359. O autor trabalha com uma concepção de dignidade humana (adotada especialmente pelo Tribunal Constitucional alemão) baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver com liberdade, não como um sujeito isolado e autocrático, mas sim como um indivíduo relacionado a uma comunidade e a ela vinculado. E daí se retiram ao menos duas consequências: (i) o sujeito tem que tolerar e se sujeitar às restrições que são impostas pelo legislador à sua liberdade de ação, cujo objetivo é manter e fomentar a convivência social dentro daquilo que é razoavelmente exigível diante das circunstâncias e desde que sua independência individual seja preservada; e (ii) o

quando o Estado direciona um servidor a atuar de determinada forma e não de outra, ele não estaria interferindo nessa liberdade de o servidor fazer aquilo que ele quer? (Muito embora, muitas vezes o próprio servidor sequer se dê conta disso?).

Dessa forma, entende-se que o primeiro ponto a se considerar na utilização de estratégias de direcionamento de decisões referentes à arquitetura de escolhas - como os *nudges* - é que se mostra necessário ter cautela. Isso porque aparentemente existe um altíssimo potencial - ainda pouco explorado - de se conseguir esse direcionamento de condutas nas mais diversas esferas da vida do indivíduo. E, da mesma forma que tal estratégia pode ser utilizada para direcionamentos benéficos, não há nenhuma garantia de que não sejam utilizados - por arquitetos de escolhas mal intencionados - para direcionamentos prejudiciais aos indivíduos (nas hipóteses que aqui nos interessam, por exemplo, para se criar um ambiente de desordem ou desregulação na prestação da atividade pública que possa ser propício à corrupção). Sendo assim, caso se admita, no programa de integridade do ente público a utilização de tal estratégia, é necessário que fique bastante claro e documentado - ao menos para a Alta Administração, que aprovará a medida - o que se pretende alcançar com aquele *nudge* e porque se entende que seria possível atingir tal resultado.

Assegurado que a utilização do *nudge*, por exemplo, destina-se a direcionar decisões que visam melhor atender ao interesse público ou que visam garantir atuações cada vez mais éticas e probas, mostra-se também necessário se ponderar, no caso concreto, se a utilização de tais medidas se justificam em uma análise entre o grau de intrusão na liberdade e na privacidade do servidor público e os eventuais resultados que se pode obter com a estratégia.

Muito embora tal análise deva ser realizada, repise-se, considerando as peculiaridades do caso concreto, já que não se reconhece a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de um princípio que, de forma abstrata e *a priori*, garanta a prevalência do interesse público (caso em que um *nudge* que se sustentasse nessa justificativa mal precisaria ser fundamentado), há uma circunstância que deve ser levada em consideração e que, aparentemente, faz pender a decisão em prol dos instrumentos da arquitetura de escolhas: o fato de que nenhum contexto de escolhas é totalmente neutro. Dessa forma, o pretenso ambiente de escolha que não afete em nenhuma medida a liberdade e o livre desenvolvimento da personalidade (e, logo, a privacidade do indivíduo), parece só ser possível na teoria, um ambiente artificialmente pensado, que não existe na vida real. E, sendo assim, a partir do momento em que se direciona decisões em prol do bem público, do

princípio da liberdade negativa não outorga ao indivíduo uma permissão para fazer ou deixar de fazer tudo o que ele quiser, apenas sustenta que todos podem fazer ou deixar de fazer aquilo que quiserem desde que não existam razões suficientes que fundamentem uma restrição da liberdade negativa (entendimento que considera, em toda sua plenitude, a ligação do indivíduo com a comunidade).

interesse público, da boa prestação do serviço público, de decisões mais éticas e probas, aparentemente o Estado está buscando cumprir o seu dever de boa administração. E considerando que não existe situação em que o contexto de escolha é completamente neutro e a decisão completamente livre, aparentemente, ao menos em um primeiro momento, esse direcionamento parece menos lesivo à liberdade do indivíduo, o que, *a priori*, poderia fazer prevalecer a adoção da estratégia de integridade.

Por todo o exposto, ainda que se considere as estratégias de direcionamento de decisões referentes à arquitetura de escolhas afeta restritivamente, de alguma forma, o direito à privacidade, à liberdade e ao livre desenvolvimento da personalidade, entende-se que, *a priori*, tal afetação possa ser justificada (sem se descuidar das especificidades do caso concreto) a partir da conjugação entre a inexistência de contextos decisórios completamente neutros e o dever de boa administração e o valor da integridade pública.

2. CONTROLE DE CONDUTA REPRESSIVO E O DIREITO À PRIVACIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO

Passa-se, por fim, como último ponto deste estudo, às reflexões sobre as medidas que podem ser utilizadas pelo Estado-empregador no âmbito de seu controle de conduta repressivo, considerando o direito fundamental à privacidade dos servidores públicos e os deveres estatais de informação e de boa administração, a tutela do interesse público e a especial conformação da relação funcional como uma relação de sujeição especial.

À partida, cabe lembrar que, a sujeição do servidor público ao controle estatal, a partir da concepção do controle de conduta adotada neste estudo, ocorre em dois planos distintos: no plano disciplinar e no plano ético. O plano disciplinar se refere à conformação da conduta do agente público ao regramento funcional, ou seja, aos direitos, deveres e proibições jurídicos que lhe são impostos em função de sua relação funcional com o Estado, via de regra, por leis positivadas, imperativas, cogentes. Já o plano ético fica além e aquém do plano jurídico¹¹¹⁴, aproximando-se da delimitação daquilo que seja a conduta ideal e do que seja o mínimo exigido de um servidor público; tais diretrizes, por sua vez, geralmente vêm estampadas em Códigos de Ética ou Códigos de Conduta que traduzem, mais que direitos e deveres, os valores compartilhados por uma instituição pública e o tipo de conduta - ou as *virtudes* - que, em razão desses valores, se espera dos servidores públicos. Parte-se da ideia de que um servidor que vive de acordo com esses valores e essas virtudes é um

¹¹¹⁴ De forma alguma se pretende, em razão dos limites e dos objetivos deste estudo, entrar aqui na discussão sobre as diferenças entre ética, direito e moral - o que se propõe é simplesmente deixar claro que a delimitação das duas formas de controle se dá por meio de cores distintas, considerando-se diferentes parâmetros valorativos, muito embora possam ser próximas procedimentalmente.

servidor no qual se possa confiar, capaz de corresponder às expectativas sociais que lhe são depositadas, cumprindo bem o papel social assumido quando da sua posse no cargo público, especialmente a função de ser corresponsável pela boa administração. Dessa forma, o controle ético foca-se especialmente nas virtudes morais dos servidores (qualidades que aperfeiçoam o convívio social e o relacionamento humano)¹¹¹⁵ - é possível se afirmar, por fim, que a síntese dessas virtudes está na *integridade*.

Mas, na prática, não há um critério abstrato totalmente seguro para se distinguir as infrações éticas das infrações disciplinares - a partir da perspectiva proposta acima, é possível, inclusive, questionar se determinados deveres referentes às "virtudes" dos servidores públicos não foram impropriamente elencados como deveres funcionais, passando, pois, à alçada disciplinar, quando, na verdade, deveriam constar da seara ética; e, ao contrário, perquirir se determinadas condutas consideradas antiéticas não configuram, ao mesmo tempo ou com mais razão, infrações disciplinares. Fato é que existe uma sobreposição entre o que é dever ético e o que é dever funcional - até compreensível do ponto de vista filosófico, dada a conformação entre Ética, Direito e Moral -, o que, entretanto, se torna problemático quando existem duas instâncias administrativas diferentes (e até independentes) voltadas ao controle de conduta dos servidores públicos.¹¹¹⁶ Embora fujam aos limites deste trabalho maiores considerações quanto a este tema, parece necessário deixar assentada a existência dos dois planos de controle estatal e a forma como eles possivelmente se inter-relacionam.

Mas, além disso, há que se considerar que dentre os dois planos de controle de conduta repressivo, o procedimento de apuração das eventuais faltas parece se aproximar (embora as possíveis sanções sejam diversas) - dito isso, e considerando que, no âmbito brasileiro, o procedimento disciplinar está mais bem especificado no ordenamento jurídico (tanto na norma principal quanto nas aplicáveis por subsidiariedade), procede-se à análise deste último ponto considerando as regras do controle disciplinar, tanto em razão da maior segurança no procedimento já consolidado quanto com o intuito de se evitar a repetição, uma vez que as reflexões apresentadas, em razão da citada aproximação, podem ser aproveitadas para a análise da atuação da instância de controle ético.

¹¹¹⁵ Traz-se de forma geral as considerações apresentadas por Ives Gandra da Silva Martins Filho (O controle disciplinar da Magistratura pelo CNJ e o perfil ético do magistrado, **Revista LTr - Legislação do Trabalho**, v. 76, n. nº 03, p. 263 a 294, 2012) referente à concepção ética no âmbito da magistratura. Sobre o enfoque nas virtudes morais promovida pela ética, o autor ainda ressalta: "Com efeito, os grandes problemas profissionais não são problemas técnicos (esses se resolvem pelo estudo), mas problemas de relacionamento (susceptibilidades, invejas, ciúmes, vaidade, ganância, ambição, indolência, luxúria, intemperança, etc.), que comprometem até as soluções técnicas. Quantas vezes a melhor solução técnica para determinado problema é descartada por problema de paternidade da ideia: imperou a inveja e a vaidade sobre a racionalidade."

¹¹¹⁶ MORAES, A encruzilhada das comissões de ética no Brasil.

Pois bem, no âmbito da atividade pública brasileira, à partida, o controle repressivo de conduta difere-se do controle comportamental por ter que ser provocado pela notícia da existência de indícios de autoria e de materialidade de infração funcional. Isto é, se no controle comportamental é o abstrato processo de gestão de riscos que norteia e fundamenta o monitoramento da atividade dos servidores públicos participantes de processos de trabalho em que se identifica algum risco à integridade pública, no controle disciplinar e ético o fundamento de atuação é concreto, ou seja, demanda-se provocação prévia da manifestação estatal por meio da notícia de fatos que, via de regra, indicam a existência de indícios de autoria e de materialidade da prática de infração.

Havendo a provocação da atuação estatal, o principal ponto que se deve ter em mente, recapitulando o que foi analisado anteriormente, é que a investigação da suposta infração não se situa no âmbito de discricionariedade da autoridade competente para exercer o poder disciplinar, sendo considerado um *poder-dever*. Esse poder-dever, em regra, cumpre-se com: (i) a pronta instauração de um processo investigativo-punitivo (como o processo administrativo disciplinar), caso a notícia de irregularidade se faça acompanhar de indícios de autoria e de materialidade da prática de infração funcional; ou (ii) a instauração de procedimento investigativo prévio (investigação preliminar sumária ou sindicância investigativa - inclusive patrimonial), caso os referidos indícios não sejam suficientes para embasar uma solução segura do juízo de admissibilidade da notícia de infração. Lembrando que, por outro lado, caso da análise dos fatos se constatar com segurança não haver indícios do comportamento irregular, a autoridade deverá promover o arquivamento da denúncia.

Caso haja a instauração de processo investigativo-punitivo ou mesmo de procedimento investigativo prévio, a Administração - que no âmbito do processo administrativo disciplinar brasileiro ocupa a (por vezes problemática¹¹¹⁷) posição de parte do processo e órgão julgador - promoverá a produção de provas referentes à prática da suposta infração funcional, as quais eventualmente poderão se chocar com o direito fundamental à privacidade dos servidores públicos.

Assim, com relação especificamente aos processos administrativos de controle de conduta repressivo, propõe-se desenvolver as seguintes discussões: (i) possibilidade de utilização de eventuais fatos descobertos no controle preventivo como elementos provocadores do controle repressivo; (ii) possibilidade de determinação da produção de provas que possam conflitar com o direito à privacidade dos servidores públicos; (iii) possibilidade de utilização de prova emprestada de processos judiciais; e (iv) possibilidade de utilização de provas obtidas por meio de pesquisas em fontes abertas.

¹¹¹⁷ De fato, existem inúmeros questionamentos sobre tal situação, especialmente quanto à manutenção da imparcialidade no julgamento dos fatos, os quais, entretanto, os limites e os objetivos deste trabalho não nos permitem desenvolver.

2.1. Da possibilidade de o controle preventivo dar ensejo ao controle repressivo

O primeiro ponto, pois, que se propõe analisar diz respeito à possibilidade de os fatos descobertos nas medidas de monitoramento dos riscos de quebra de integridade darem ensejo à instauração do controle de conduta repressivo.

Como exposto acima, para terem início, as medidas de controle repressivo, diferentemente do controle preventivo, carecem de um gatilho ou de uma provocação. Via de regra, essa provocação se dá quando chega à Administração (isto é, à autoridade competente para dar início à atuação do controle) a notícia do possível cometimento de um ato irregular ou ilícito pelo servidor público, o que geralmente ocorre por meio de denúncias advindas da sociedade de forma geral (indivíduos, organizações da sociedade civil, veículos de imprensa etc), de órgãos de controle externo (Tribunais de Contas, Ministério Público e Poder Judiciário), de outros servidores públicos que tomam ciência do ato ilícito (lembrando que, nos termos do artigo 116, inciso VI da Lei nº 8.112/90, nesses casos é dever do servidor levar os fatos ao conhecimento da autoridade superior) e até mesmo por meio de informações enviadas de forma anônima¹¹¹⁸. Em tais denúncias, via de regra, promove-se a narrativa dos fatos e dos elementos ou dos indícios que vinculam o denunciado à irregularidade narrada, o que ativa o poder-dever de atuação da autoridade competente, nos termos do artigo 143 da

¹¹¹⁸ Com efeito, a partir do paradigmático voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, que, em julgamento referente ao âmbito penal, fixou as diretrizes do cabimento de denúncia anônima para dar início à persecução estatal (Inq 1957, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2005, DJ 11-11-2005 PP-00007 EMENT VOL-02213-02 PP-00205 RTJ VOL00196-01 PP-00101), o Advogado-Geral da União, José Antonio Dias Toffoli, ao aprovar o Despacho nº 396/2007 (no processo nº 00406.001054/2007-12) teceu as seguintes considerações sobre o tema: “Aprovo os termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 396/2007, acrescentando as seguintes considerações, que passam a ser as conclusões sobre o tema analisado, todas elas no sentido do decidido pelo STF sobre a matéria: “a) Nenhuma denúncia ou escrito anônimo pode justificar, desde que isoladamente, a imediata apuração por parte da autoridade pública em processo ou procedimento formal; b) Denúncias apócrifas não podem ser incorporadas formalmente ao processo. Só os escritos produzidos pelo próprio acusado ou a ele imputados, ou que sejam eles próprios o corpo de delito, podem ser juntados ao processo; c) O Poder Público, provocado por delação anônima (disque-denúncia, por exemplo), pode adotar medidas sumárias de verificação, com prudência e discricção, sem formação de processo ou procedimento, destinadas a conferir a plausibilidade dos fatos nela denunciados. Acaso encontrados elementos de verossimilhança, poderá o Poder Público formalizar a abertura do processo ou procedimento cabível, desde que mantendo completa desvinculação desse procedimento estatal em relação à peça apócrifa, ou seja, desde que baseado nos elementos verificados pela ação preliminar do próprio Estado; d) Cumpre ignorar de imediato aquelas denúncias anônimas que desejam apenas atacar, por ressentimento ou má-fé, os desafetos, colegas ou superiores, bem como aquelas notoriamente de caráter calunioso, difamatório e injurioso. e) Em conclusão, nenhum processo ou procedimento formal do Poder Público pode ser instaurado tendo como fundamento causal documentos ou escritos anônimos, sendo vedada sua juntada aos autos.” No mesmo sentido, a Controladoria-Geral da União emitiu enunciado sobre a matéria: “Enunciado nº 03: DELAÇÃO ANÔNIMA. INSTAURAÇÃO. A delação anônima é apta a deflagrar apuração preliminar no âmbito da Administração Pública, devendo ser colhidos outros elementos que a comprovem.”

Lei nº 8.112/90: "a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é *obrigada* a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa."

No entanto, a existência de uma denúncia não é um elemento imprescindível para se legitimar o exercício do controle de conduta repressivo - o que é indispensável é que a autoridade tome ciência da notícia de irregularidade. E essa ciência pode se dar, por exemplo, também pelo conhecimento direto do fato irregular, ou, ainda, por meio das medidas de controle interno adotadas pelo ente ou órgão público. Na verdade, no âmbito da atividade pública e do controle de conduta, essa interface entre controle preventivo e controle repressivo parece ser obrigatória.

Com efeito, no início deste capítulo, foram analisadas diversas medidas possíveis de monitoramento da conduta dos servidores públicos que participem de processos de trabalho que envolvam elevados riscos de quebra de integridade, medidas essas que podem manifestamente conflitar com o direito à privacidade daqueles servidores. Estas medidas, via de regra, buscam identificar as situações de risco à integridade e atuar, de forma preventiva, para diminuir a probabilidade ou o impacto da materialização daquele risco. Ocorre que pode acontecer de, no âmbito do controle de conduta preventivo, serem encontradas situações em que a quebra de integridade deixa de ser um risco para se mostrar uma (possível) situação concreta.

Nesse caso, entende-se, aciona-se o dever de comunicação da irregularidade, previsto no artigo 116, inciso VI da Lei nº 8.112/90, segundo o qual o servidor tem o dever de "levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração". E, a partir da promoção desta ciência da autoridade competente pela equipe de integridade, por sua vez, pode surgir o poder-dever de investigação, nos termos do supracitado artigo 143 da Lei nº. 8.112/90.

Dessa forma, *a priori*, entende-se, a regra é que os achados provenientes do controle de conduta preventivo que possam indicar a existência de indícios de autoria e de materialidade de infração funcional necessariamente devem ser comunicados à autoridade competente para o exercício do poder disciplinar o que, por consequência, pode dar azo à instauração de um procedimento disciplinar (investigativo ou acusatório, a depender de os indícios de autoria e de materialidade serem suficientes ou não). No entanto, é necessário ter-se em conta que o juízo de admissibilidade da notícia de fatos continua sendo exclusivo da autoridade que titulariza o poder disciplinar. Nesse sentido, ainda que os responsáveis pela gestão dos riscos de quebra de integridade entendam terem sido constatados indícios de autoria e de materialidade de infração funcional durante o monitoramento das atividades dos servidores públicos - e, por isso, comuniquem os fatos à autoridade competente - tal

avaliação não vincula o titular do poder disciplinar, que, ao receber as informações da equipe de integridade, deverá proceder à análise, em juízo de admissibilidade, assim como faz com todas as demais denúncias ou notícias de fatos irregulares que lhe chegam ao conhecimento.

Ademais, a notícia de fatos irregulares advinda da equipe de integridade só será apta a efetivamente servir de gatilho para a atuação do poder disciplinar se a medida preventiva em virtude da qual os referidos fatos foram descobertos, por sua vez, tiver sido adotada de forma legítima, ou seja, de forma proporcional, adequada à sua finalidade (com a menor interferência possível no direito à privacidade do servidor público), passível de se sustentar na posição preferencial do direito à informação, na tutela do interesse público e no dever de boa administração, bem como de se justificar na superioridade da Administração na relação funcional enquanto uma relação de sujeição especial - noutras palavras, apenas se, após o processo de sopesamento entre os direitos e bens conflitantes o direito à privacidade do servidor público não tiver sobressaído. Caso contrário, entende-se que como a medida de controle preventiva foi adotada em violação - e não em restrição - ao direito fundamental, isso também afeta os atos decorrentes de tal medida, de forma que, portanto, anularia a provocação da atividade disciplinar e todos os efeitos daí advindos.

Dessa forma, portanto, retomando o que foi analisado sobre medidas de mitigação do conflito de interesses, ainda que se compreenda a intenção de estimular os servidores a apresentarem suas dúvidas sobre a existência ou não de situação de conflito, entende-se que caso o questionamento seja levado à Administração após a consumação do ato ou fato que eventualmente possa ensejar tal conflito, é temerário que não se envie a análise do caso à autoridade e à equipe competentes para o tratamento da matéria (disciplinar ou ética, a depender de o conflito também configurar ou não uma infração funcional). Isso porque, como exposto, o juízo de admissibilidade destes fatos não é de competência da equipe de integridade - assim, ainda que a boa-fé deva ser um importante elemento de análise no juízo de admissibilidade, inclusive para se verificar a existência de justa causa para a apuração administrativa, tal avaliação deverá ser feita, repita-se, pela autoridade titular do poder disciplinar e/ou ético.

2.2. Os poderes de instrução no processo disciplinar e a possibilidade de produção de provas que conflituem com o direito à privacidade dos servidores públicos

Provocado o poder-dever de investigar a existência de infração funcional, é necessário voltar os olhos para a sua fase mais pulsante, que serve de baldrame para uma decisão segura da autoridade: a instrução probatória.

À partida, cabe ter em conta que tanto no procedimento disciplinar investigativo prévio quanto no processo investigativo-punitivo haverá alguma atividade de instrução probatória:

no primeiro, via de regra, por atuação do próprio Estado (uma vez que referido procedimento pode, inclusive, ostentar natureza inquisitiva, ao menos inicial) e no último, por determinação estatal mas também por atuação da defesa (já que neste caso deverão ser observados todos os direitos fundamentais que constituem garantias processuais do investigado relacionadas ao devido processo legal, em especial, a ampla defesa e o contraditório¹¹¹⁹). No entanto, é cediço que a prova suficiente para acusar é diferente da prova necessária para condenar, de forma que, portanto, a atividade probatória praticada em ambos os procedimentos costuma ser diferente - nos procedimentos investigativos, procura-se obter a segurança dos indícios; nos procedimentos investigativo-punitivos, a segurança dos fatos. Isso porque, neste último caso, tratando-se o processo de controle disciplinar de um processo estatal sancionador, aplica-se-lhe o direito fundamental de presunção de inocência¹¹²⁰, ao qual só pode ser contraposta a prova da culpabilidade (e não a presunção de culpabilidade).¹¹²¹ Dessa forma, ainda que no processo administrativo disciplinar (investigativo-punitivo) haja uma menor exigência formal quanto à instrução probatória (do que ocorre, por exemplo, no processo penal)¹¹²², isso não dispensa que a prova produzida pela Comissão processante, necessária para a condenação disciplinar do servidor público, seja plena, robusta, consistente e conduza à convicção do julgador (e não a uma simples admissão de maior probabilidade)¹¹²³.

¹¹¹⁹ Nos termos do artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição - *verbis*: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" e "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

¹¹²⁰ Prevista no artigo 5º, inciso LVII da Constituição - *verbis*: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Romeu Felipe Bacellar Filho (**Processo administrativo disciplinar**) assevera que é possível conceber a presunção de inocência "como princípio fundante de um modelo de processo sancionatório (criminal ou disciplinar), do qual emana um feixe de garantias ao acusado, destinadas à proteção de sua liberdade por intermédio de um processo justo e legalmente configurado. Essa manifestação do direito fundamental à presunção de inocência impõe ao Estado como um todo (administração pública, Parlamento e Jurisdição) não apenas o dever de observar e respeitar todas as garantias fundamentais processuais do imputado (sentido negativo/função de defesa), mas também a exigência de que sejam adotadas todas as providências necessárias (leis, medidas administrativas, provimentos judiciais) para ampliar tais garantias e assegurar a sua tutela com a máxima efetividade (sentido positivo/função prestacional)."

¹¹²¹ OLIVEIRA, Alberto Augusto; REMÉDIO, Alberto Esteves, Sobre o direito disciplinar da função pública, *in*: **Separata de estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 627 a 665. Nas palavras dos autores (análise realizada com base no contexto português, mas plenamente aplicável ao âmbito brasileiro): "Só perante o convencimento de que a infração disciplinar foi praticada e foi praticada pelo arguido com culpa deste, convencimento arredado de toda a dúvida razoável, é que se poderá considerar que aquele praticou a infração: por isso, só nessas condições o instrutor deverá em relatório final propor e a autoridade com competência punitiva aplicar a sanção configurável para essa situação. De outro modo estaria em causa um princípio basilar Estado de Direito".

¹¹²² Nesse sentido, veja-se, por exemplo, a previsão do inciso IX do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo), segundo o qual nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: "adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados."

¹¹²³ OLIVEIRA; REMÉDIO, Sobre o direito disciplinar da função pública.

Com efeito, o direito fundamental de presunção da inocência faz com que o ônus probatório, no procedimento disciplinar, compita ao Estado-acusador, o qual, por meio da Comissão Processante: (i) no procedimento investigatório prévio, deverá providenciar de ofício o levantamento dos elementos instrutórios suficientes para indicar a presença de indícios de autoria e de materialidade; e (ii) no processo investigativo-punitivo, deverá promover as provas necessárias para esclarecer os fatos irregulares e sua autoria, reunindo elementos concretos que possam embasar a decisão, em um compromisso com a busca da verdade jurídica.¹¹²⁴ Noutras palavras, no processo investigativo-punitivo, o ônus probatório estatal refere-se à produção de provas com conteúdo objetivamente incriminatório, que não deixa espaço para dúvidas razoáveis sobre a certeza dos fatos e cuja conclusão pode ser aferida mediante uma simples interpretação do conjunto de provas.¹¹²⁵

No âmbito normativo brasileiro, entretanto, o tratamento da atividade probatória no processo administrativo disciplinar (investigativo-punitivo) é bastante modesto - na Lei nº. 8.112/90, por exemplo, utilizada como parâmetro para este estudo, o tema é tratado unicamente nos artigos 155 a 161.¹¹²⁶

À partida, no artigo 155, há uma menção geral ao tema, por meio de uma norma aberta, com rol exemplificativo, a qual prevê que, na fase do inquérito administrativo (composta, segundo o inciso II do artigo 151 da mesma lei, pela instrução, defesa e relatório), "a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos." Em seguida, garante-se ao servidor investigado o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por meio de procurador, podendo "arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial" (artigo 156), o que, ainda que não estivesse expressamente previsto na norma legal, já estaria salvaguardado pelos direitos fundamentais relacionados ao devido processo legal (em especial, à ampla defesa e ao contraditório), os quais, repise-se, são plenamente aplicáveis no âmbito do processo administrativo disciplinar.

Após, seguem algumas regras específicas aplicáveis à prova testemunhal (artigo 157 e 158), ao interrogatório do acusado (artigo 159) e ao incidente de sanidade mental do acusado (artigo 160), o qual poderá ser proposto pela Comissão sempre que houver dúvida sobre a higidez psíquica do acusado (cujo resultado, inclusive, pode interferir no exame da

¹¹²⁴ ALVES, Léo da Silva, **A prova no processo disciplinar**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 7.

¹¹²⁵ JALVO, Belén Marina, **El régimen disciplinario de los empleados públicos**. Pamplona: Thomson Reuters, 2015, *ebook*.

¹¹²⁶ A título de comparação, o tema referente à instrução probatória no procedimento disciplinar comum é tratado na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas portuguesa (Lei nº 35/2014) no artigo 210, que trata de medidas cautelares que podem ser adotadas pelo instrutor; no artigo 212, que trata, em sete itens, especificamente da instrução do processo promovida pelo instrutor; e, por fim, no artigo 218, que trata, em nove itens, da produção de prova oferecida pelo trabalhador.

culpabilidade referente ao ato infracional), embora não haja detalhamento sobre o procedimento que deverá ser adotado no referido exame.

Por outro lado, a Lei nº 9.784/99 - Lei do Processo Administrativo, aplicável de forma subsidiária ao processo administrativo disciplinar, nos termos de seu artigo 69 - traz ainda previsões quanto: (i) à garantia do direito à produção de provas nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio (artigo 2º, parágrafo único, inciso X e artigo 38¹¹²⁷); (ii) a regra da produção da prova de ofício pelo Estado, sem prejuízo da atuação instrutória do interessado (artigo 29); (iii) a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (artigo 30); (iv) a regra de que cabe ao interessado a prova dos fatos que ele alegar (artigo 35)¹¹²⁸; e (v) a regra da necessidade de prévia intimação do interessado sobre a prova ordenada (artigo 41)¹¹²⁹. Para todos os demais aspectos da instrução probatória no processo disciplinar, a comissão deverá se socorrer das normas do processo civil, nos termos do artigo 15 do Código de Processo Civil (CPC) brasileiro¹¹³⁰, que determina a aplicabilidade supletiva e subsidiária de suas normas nas lacunas de regulação dos processos administrativos.

Dessa forma, fato é que a instrução probatória, no âmbito do direito administrativo disciplinar, não é objeto de maior detalhamento legal que lhe possa indicar outras especificidades¹¹³¹ - daí se poder extrair que vigora no referido procedimento a possibilidade de produção de todas as provas em Direito admitidas (nos termos do artigo 369 do CPC¹¹³²),

¹¹²⁷ *Verbis*: "artigo 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§ 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias."

¹¹²⁸ Sem prejuízo, entretanto, o dever estatal previsto no artigo 37 da mesma lei quanto a fatos e dados que constem em documentos existentes na própria Administração - *verbis*: "quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias".

¹¹²⁹ No entanto, o artigo 45 ressalva que "em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado."

¹¹³⁰ *Verbis*: "na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente."

¹¹³¹ Cite-se, nesse sentido, a doutrina de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (**A prova no processo administrativo**, Curitiba: Imprensa da Universidade Federal do Paraná, 1973, p. 71 e p. 97): "Silenciaram os que entre nós trataram do processo disciplinar no tocante à prova, limitando-se, porém, a aceitar a junção de documentos, inquirição de testemunhas e realização de diligências, como se isso bastasse ao esclarecimento do fato ou para atender na amplitude as razões do contraditório." "Indubitável que permanece uma forte razão psicológica, jurídica e política em favor da prova no processo administrativo, pois a fixação igual das partes não corresponde às mesmas condições específicas do processo civil, considerando-se que a atividade administrativa ou do Estado não se iguala à atividade do indivíduo ou da pessoa jurídica quando caracterizantes da figura real do administrado."

¹¹³² *Verbis*: "As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz."

cabendo lembrar ainda que a Constituição brasileira prevê como direito fundamental a inadmissibilidade de provas ilícitas (artigo 5º, inciso LVI¹¹³³), o que se aplica a todos os tipos de processos, inclusive ao processo administrativo disciplinar.

No entanto, mesmo diante da parca disciplina legal, a atividade probatória no âmbito do processo administrativo disciplinar tem uma relevância ímpar, nomeadamente em razão da conformação dos direitos fundamentais dos servidores públicos - em especial, do direito à privacidade - na relação funcional. Com efeito, como amplamente demonstrado, o Estado-empregador assume, na relação funcional (que é uma relação de sujeição especial), uma posição de superioridade tal que lhe permite acessar alguns tipos de informações que servem como elementos probatórios essenciais para o correto esclarecimento dos fatos.

Mas, além disso, a proximidade do Estado-empregador com relação a tais elementos parece lhe conferir uma posição privilegiada para apuração de eventuais condutas infracionais. Efetivamente, com relação à investigação de infrações funcionais, o Estado-Administração mantém, em regra, uma certa proximidade física com os fatos - já que, muitas vezes, esses elementos de prova estão situados em "espaços" físicos ou virtuais do próprio Estado -, e também, muitas vezes, uma proximidade temporal, já que, não raro, a notícia da prática de irregularidade chega ao conhecimento da autoridade competente para o exercício do poder disciplinar enquanto os fatos ainda estão ocorrendo ou quando acabaram de acontecer, o que pode permitir à investigação acessar os elementos de prova de forma mais fácil e segura.

Somadas essas duas peculiaridades - a posição de superioridade estatal na relação de sujeição especial e a proximidade com os elementos de prova - é possível se imaginar o alto potencial que os processos disciplinares possuem para desvendar os fatos irregulares que podem ter sido praticados por seus servidores públicos, muito embora, infelizmente, tal potencial não seja, via de regra, pelo menos na realidade brasileira, explorado de forma satisfatória, especialmente nos casos de maior gravidade, envolvendo atos de improbidade administrativa e de corrupção.

Com efeito, ao que parece, existe uma necessidade de melhor trabalhar - inclusive normativamente - os poderes instrutórios nos processos disciplinares, em especial a produção de prova que eventualmente, de alguma forma, possa conflitar com o direito à privacidade dos servidores públicos.

O primeiro ponto a se ter em mente é que, entende-se, todas aquelas medidas que foram analisadas a título de exemplo nas hipóteses de controle de conduta preventivo como possíveis medidas de mitigação de riscos de quebras de integridade (embora pudessem se chocar com o direito à privacidade dos servidores públicos) podem, com muito mais razão,

¹¹³³ *Verbis*: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

ser produzidas pela comissão processante no âmbito do controle de conduta repressivo, especialmente no caso de processo investigativo-punitivo já instaurado, uma vez que, em tal hipótese, o juízo de admissibilidade positivo (reconhecendo a existência de indícios de autoria e de materialidade de infração funcional aparentemente atua como mais um elemento para fazer a balança pender em prol do controle.

À partida, também importa ressaltar que, *a priori*, a Comissão processante poderá ter acesso a quaisquer insumos funcionais físicos fornecidos pelo Estado-empregador ao servidor público para o cumprimento de suas atividades laborais, como computadores, tablets, celulares, HDs externos etc. Isso porque, como já amplamente exposto, tais dispositivos, além de serem propriedade do Estado-empregador, são considerados bens públicos de uso especial, de forma que sua afetação ao exercício de atividade pública impede que se crie qualquer expectativa de privacidade referente ao seu uso. E, sendo assim, entende-se ser desnecessária medida judicial para "apreensão" de referidos dispositivos, bastando uma determinação do próprio Estado-empregador para que tal bem deva ser devolvido ou disponibilizado pelo servidor público para ser colocado à disposição da comissão processante.

Dessa forma, entende-se que uma das medidas referentes à instrução probatória que podem ser adotadas pela Comissão é a apresentação de um requerimento à autoridade competente para exercer o poder disciplinar para que determine que o servidor público disponibilize seus insumos funcionais para análise da tríade processante ou, ainda, a depender do caso, determinar que a chefia imediata do servidor coloque tais equipamentos à disposição da instrução probatória do processo administrativo disciplinar (caso em que o contraditório com relação a tal medida restará diferido).

Disponibilizados tais insumos funcionais, abre-se a possibilidade de análise dos elementos ali armazenados, o que deve ser feito nos estritos limites do objeto da investigação que vem sendo realizada. Até por isso, entende-se que, ao menos a princípio, parece não ser condizente com o devido processo legal que seja a Comissão processante a realizar diretamente o manuseio dos aparelhos e dispositivos em busca das informações que entenda relevantes para a investigação funcional. Na verdade, entende-se que o melhor caminho para tal produção de provas é que se instaure um incidente de produção de prova pericial¹¹³⁴ (com fundamento nas normas supletivas do Código de Processo Civil sobre o tema), no qual a Comissão deverá: (i) fundamentar - inclusive quanto à proporcionalidade - a necessidade da

¹¹³⁴ Sandro Lúcio Dezan (**Direito administrativo disciplinar: direito processual**, Curitiba: Juruá, 2013, p. 200 e 201) destaca que nos procedimentos disciplinares pode ser proposta uma grande quantidade de exames periciais - os quais requerem conhecimentos técnicos específicos - tais como: grafotécnicos, grafológicos, contábeis, documentais de autenticidade formal e material, de sanidade mental, de higidez mental ou física, de informática, de áudio, de imagens, de fotografia, de filmagens etc.

produção daquele tipo de prova; (ii) indicar o responsável pela perícia, que poderá ser a equipe de tecnologia da informação do próprio órgão¹¹³⁵; (iii) eventualmente, caso seja necessário, acionar o controlador de dados do órgão para que autorize ou acompanhe o incidente; (iv) indicar os limites das informações que se pretende obter (quais dados, entre quais períodos ou referentes a quais contatos, por exemplo), de forma a se evitar quaisquer tipos de arbitrariedades bem como de se garantir que a tríade tenha acesso à informação correta e completa (o que requererá, muitas vezes, conhecimento técnico para certificação, que, via de regra, os membros da comissão não possuem); (v) cientificar o investigado e possibilitar o contraditório, inclusive com a possibilidade de indicação de assistente técnico.

Além disso, a via pericial também parece ser mais adequada quando se considera que a informação que a Comissão está buscando pode não estar armazenada no aparelho funcional, mas em eventual *backup* salvo na nuvem, o que, da mesma forma, parece demandar um conhecimento técnico específico para se chegar à informação requisitada. Com efeito, considerando que é possível que o servidor investigado tenha apagado dados de seu aparelho funcional em razão do tempo decorrido ou mesmo que tenha deletado informações que possam lhe ser desfavoráveis, parece cabível que a comissão submeta o dispositivo à perícia, para recuperação dos dados referentes aos assuntos e ao período de tempo investigados e para extração de informações do aparelho funcional ou, se for o caso, para que se busque em eventuais *backups* as informações requeridas.

Assim, mais uma vez, sem a pretensão de esgotamento do tema, é possível se imaginar algumas possibilidades de atuação da tríade processante na instrução probatória, com relação, inclusive, às hipóteses já levantadas *supra*.

2.2.1 Provas decorrentes das comunicações do servidor público - em andamento e já finalizadas - utilizando equipamentos funcionais

As comunicações realizadas pelo servidor público por meio dos insumos funcionais podem ser úteis para elucidar determinado fato investigado pela Comissão Processante, sendo, portanto, muitas vezes, de interesse para a instrução probatória - sobre o tema, cite-se a produção de prova decorrente do e-mail funcional do servidor público, das ligações telefônicas realizadas por meio de aparelho funcional e de aplicativos de mensagens instantâneas.

¹¹³⁵ *Ibid.*, p. 201. Segundo o autor, a perícia pode ser realizada por "qualquer servidor com conhecimentos específicos e técnicos", que deverá "ser nomeado por portaria da autoridade instauradora, para o encargo de realização da perícia objetivada pelo colegiado ou requerida pela defesa. Suas constatações serão externadas por meio de laudo técnico ou pericial."

Quanto ao *e-mail funcional*, considera-se não haver, como exposto, ao menos *a priori* e pelos motivos já indicados, expectativa legítima de privacidade em sua utilização. Dessa forma, entende-se que a Comissão Processante poderá buscar elementos de prova no e-mail funcional do servidor público, requerendo que lhe seja disponibilizado, no incidente pericial (que nesse caso, poderá ter o contraditório diferido), cópia de e-mails que vêm sendo trocados pelo servidor - enquanto tal comunicação acontece -, quando, por exemplo, a investigação já realizada indique que a infração ainda vem sendo praticada. Por outro lado, caso o escopo da investigação aponte para a necessidade de acesso a comunicações já realizadas via e-mail funcional, a Comissão poderá solicitar à área de tecnologia que lhe disponibilize cópia dos e-mails funcionais, que geralmente ficam salvos em backup (inclusive, muitas vezes, mesmo aqueles apagados pelo servidor público). Em ambos os casos, parece necessário, em obediência à regra de proporcionalidade, que a Comissão indique no ato em que requer essas informações os critérios que devem ser considerados pela perícia, tais como e-mails que contenham determinadas expressões ou destinatários ou os e-mails que tenham sido recebidos e enviados durante determinados períodos relacionados com a investigação que está sendo realizada.

Destaca-se que o mesmo acesso, entretanto, não é possível com relação ao *e-mail pessoal* do servidor público - nesse caso, considerando que referida comunicação se encontra protegida pelo direito fundamental à privacidade (nos termos do artigo 5º, inciso XII da Constituição), para que haja a interceptação telemática ou informática, com acesso ao conteúdo da comunicação enquanto ela está ocorrendo, é necessário que exista autorização judicial, e, além disso, entende-se, devem ser preenchidos os requisitos previstos na Lei nº. 9.296/96, quais sejam, que a interceptação se dê para fins de investigação criminal ou instrução penal (não aplicável, portanto, à investigação administrativa disciplinar), que existam indícios de autoria ou de participação em infração penal punida com reclusão e que não haja de outra forma de demonstrar o fato apurado.

No entanto, vale lembrar que, por não serem medidas idênticas, o acesso aos dados telemáticos não se submete às mesmas regras aplicáveis à interceptação ou quebra de sigilo das comunicações telemáticas¹¹³⁶ - ou, noutras palavras, as regras aplicáveis ao acesso às

¹¹³⁶ Nesse sentido, cite-se, a título exemplificativo, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: "PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO "LAVA-JATO". MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. APREENSÃO DE APARELHOS DE TELEFONE CELULAR. LEI 9296/96. OFENSA AO artigo 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA QUE NÃO SE SUBORDINA AOS DITAMES DA LEI 9296/96. ACESSO AO CONTEÚDO DE MENSAGENS ARQUIVADAS NO APARELHO. POSSIBILIDADE. LICITUDE DA PROVA. RECURSO DESPROVIDO. I - A obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular ou smartphones não se subordina aos ditames da Lei 9296/96. II - O acesso ao conteúdo armazenado em telefone celular ou smartphone, quando determinada judicialmente a busca e apreensão destes aparelhos, não ofende o artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República, porquanto o sigilo a que se refere o aludido preceito constitucional é em relação à interceptação telefônica ou telemática

comunicações em andamento não são idênticas às regras para comunicações já finalizadas. Com efeito, a proteção constitucional decorrente do artigo 5º, inciso XII refere-se à própria comunicação, à efetiva troca de informações, ou ainda, nos termos adotados pela Lei nº 9.296/96, ao "fluxo das comunicações"¹¹³⁷ em sistemas de informática e de telemática, e não aos dados já armazenados - nesse sentido, o que se protege são as comunicações em curso, em andamento, e não os dados obtidos em razão desse diálogo.¹¹³⁸ Rita Castanheira Neves, nesse ponto, traz uma lição clara, perfeitamente aplicável ao entendimento do tema no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro: se, por exemplo, o e-mail já foi aberto e já foi lido, isso significa que já cumpriu sua função de comunicação, de forma que deve ser entendido como um documento ou arquivo informático; e, sendo assim, já não se lhe aplica o regime de interceptação de comunicações, mas sim regimes referentes ao acesso e à obtenção de objetos (inclusive documentos digitais), como a busca e apreensão.¹¹³⁹

propriamente dita, ou seja, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos. III - Não há nulidade quando a decisão que determina a busca e apreensão está suficientemente fundamentada, como ocorre na espécie. IV - Na pressuposição da ordem de apreensão de aparelho celular ou smartphone está o acesso aos dados que neles estejam armazenados, sob pena de a busca e apreensão resultar em medida irrita, dado que o aparelho desprovido de conteúdo simplesmente não ostenta virtualidade de ser utilizado como prova criminal. V - Hipótese em que, demais disso, a decisão judicial expressamente determinou o acesso aos dados armazenados nos aparelhos eventualmente apreendidos, robustecendo o alvitre quanto à licitude da prova. Recurso desprovido. (RHC 75.800/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 26/09/2016)

¹¹³⁷ Veja-se o que prevê o § 1º do artigo 1º da Lei nº 9296/96: "O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática".

¹¹³⁸ Cite-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: (i) "(...) 2. Na espécie, ao contrário, não se questiona que a apreensão dos computadores da empresa do recorrente se fez regularmente, na conformidade e em cumprimento de mandado judicial. 3. Não há violação do artigo 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve "quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial". 2. A proteção a que se refere o artigo 5º, XII, da Constituição, é da 'comunicação de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador. (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270)" (RE n. 418416-8, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19/12/2006).

¹¹³⁹ NEVES, Rita Castanheira, **As ingerências nas comunicações electrónicas em processo penal: natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova**, 1a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 190 e 191. Adiante, a autora ainda aduz que: "Já se vê que a lógica subjacente a estas disposições legais é haver interesse probatório em objectos relacionados com o crime. Ou seja, falamos aqui de suportes físicos de prova. Ora, nesta medida só é possível imaginar a apreensão dos suportes digitais resultantes do correio electrónico através da apreensão dos próprios computadores onde aqueles se encontram localizados. No fundo, podemos aqui equiparar esta apreensão à apreensão de uma série de cassetes áudio ou vídeo, que no momento da busca nenhuma informação revelam, mas que depois da diligência de busca e da respectiva apreensão, mediante equipamento próprio, permitem analisar os respectivos conteúdos. Também aqui é, pois, possível imaginar a apreensão de um computador e a sua posterior análise, em laboratórios e através de pessoal especializado. À apreensão do computador em si, podemos equiparar as situações em que as entidades incumbidas da investigação criminal procedem à cópia integral ou parcial dos conteúdos presentes nos computadores para suportes informáticos autónomos. Este método de apreensão parece ser hoje entendido como equivalente à apreensão física propriamente dita. A apreensão do computador em si, podemos equiparar as situações em que as entidades incumbidas da investigação criminal procedem à cópia integral ou parcial dos conteúdos presentes nos

E, sendo assim, a Comissão Processante também poderá requerer que a perícia verifique, nos aparelhos funcionais (computador, *notebook*, *tablet*, celular etc), a existência de e-mails armazenados, que contenham aqueles mesmos critérios de pesquisa, como a existência de determinadas expressões ou destinatários ou os e-mails que tenham sido recebidos e enviados durante determinados períodos relacionados com a investigação que está sendo realizada. Nesses casos, é possível que a prova pericial retorne inclusive cópias de e-mails pessoais armazenados como documentos no dispositivo funcional - entende-se que, nesse caso, não haverá nulidade se a Comissão Processante acessar tais documentos (exceto se eles tiverem expressa indicação de serem pessoais), não havendo, pois, necessidade de autorização judicial, já que, repita-se, nesse caso tais e-mails pessoais são considerados documentos e não comunicação.

O mesmo não ocorre, entretanto, com relação aos e-mails e arquivos armazenados na rede em contas pessoais, já que se-lhes aplica a regra protetiva prevista no artigo 7º, inciso II do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), que prevê a "inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial". De fato, acompanha-se, nesse ponto, a doutrina de Marcos Schlickmann Alberton, no sentido de que o Marco Civil da Internet, como prevê sua própria ementa, traz regras para o *uso da internet* no Brasil, de forma que a inviolabilidade protegida pela citada norma do artigo 7º diz respeito às comunicações privadas armazenadas na própria internet (quando será necessário ordem judicial para se ter acesso), mas não de armazenamento eletrônico em dispositivo físico.¹¹⁴⁰

Já quanto às *comunicações telefônicas*, como exposto com relação ao controle preventivo, entende-se que a Comissão apenas poderá ter acesso aos *dados* referentes às ligações efetuadas por meio do aparelhos funcional - ou seja, aos registros telefônicos, como números discados, ligações recebidas, datas em que as comunicações foram realizadas, tempo das chamadas etc - sem qualquer acesso ao conteúdo da comunicação (o qual demanda, como visto, autorização judicial e observância das regras previstas na Lei nº 9.296/96). Por outro lado, caso o servidor tenha aderido ao BYOD, tal acesso aos dados das comunicações não será possível sem intervenção judicial.

Quanto aos *aplicativos de mensagens instantâneas* vinculados a um número de celular funcional ou ao e-mail funcional, entende-se que a Comissão poderá requerer, a partir de determinados parâmetros que interessem à investigação, que a perícia extraia e lhe envie cópias de comunicações já realizadas e armazenadas na rede do trabalho ou nos dispositivos funcionais. Vale destacar que esse entendimento vale tanto para aplicativos voltados a

computadores para suportes informáticos autônomos. Este método de apreensão parece ser hoje entendido como equivalente à apreensão física propriamente dita."

¹¹⁴⁰ ALBERTON, Marcos Schlickmann, (In)constitucionalidade da análise, sem prévia autorização judicial, de dados existentes em aparelhos celulares apreendidos, **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, v. 12, n. 27, p. 53 a 74, 2015.

atividades profissionais (como, por exemplo, o *Microsoft Teams* ou o *Skype Business*) quanto para aplicativos utilizados geralmente para fins pessoais (como o *Whatsapp* ou o *Telegram*), desde que, repita-se, vinculados a uma conta funcional. O mesmo não ocorre, entretanto, com relação às conversas armazenadas na rede em contas pessoais (por exemplo, *Facebook* ou *Instagram* pessoais), já que, da mesma forma como exposto com relação aos e-mails, aplica-se-lhes a regra protetiva prevista no artigo 7º, inciso II do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014).

Também parece possível, demonstrada a necessidade e proporcionalidade da medida, que a Comissão requeira o monitoramento atual das comunicações realizadas por meio de aplicativos de mensagens instantâneas acessados a partir de uma conta funcional - inclusive por meio de sua versão web -, considerando parâmetros pré-definidos (caso entenda que a infração funcional ainda está em andamento). Como já exposto, entende-se que quando tais comunicações estão ocorrendo a partir de uma conta funcional, não há expectativa legítima do servidor público de privacidade. Tal não se dá, entretanto, caso, por exemplo, o servidor público esteja utilizando sua conta pessoal do Skype - nesse caso, entende-se que, ainda que o acesso se dê a partir de equipamentos funcionais fornecidos pelo Estado-empregador e que o assunto da conversa diga respeito ao trabalho, trata-se de comunicação pessoal, privada, à qual se aplica toda a proteção reforçada do direito fundamental à privacidade.

Vale lembrar que para que seja legítimo esse acesso ou acompanhamento das comunicações funcionais mostra-se necessário que os servidores públicos sejam ostensivamente informados - no início de sua atuação funcional, em eventuais termos de recebimento dos insumos funcionais, bem como em códigos de conduta e campanhas educativas regulares - de que os dados coletados sobre suas atividades na rede poderão, inclusive, ser utilizados no âmbito de investigações disciplinares. Além disso, como já exposto quando da análise das medidas de controle preventivo, parece uma boa medida de governança pública que os aparelhos celulares, *tablets*, *notebooks* etc e todas as ferramentas funcionais que neles forem instaladas sejam configurados diretamente pelo próprio Estado-empregador, inclusive com senha fornecida pelo próprio ente, para se garantir tanto que a informação de se tratar de uma conta funcional conste visível para os outros usuários que interajam com aquela conta quanto que, em caso de eventual necessidade de análise dos dados ali presentes, seja facilitado o acesso, além de funcionar como um elemento de reforço da impossibilidade de se criar expectativa legítima de privacidade em relação a essas interações e comunicações.

2.2.2. Provas decorrentes de dados de navegação na rede

Quanto à *navegação na internet*, entende-se que a Comissão Processante também poderá ter acesso às informações que entenda relevantes para a investigação por meio de incidente de prova pericial.

O incidente pode se destinar tanto ao monitoramento das atividades desenvolvidas pelo servidor público durante determinado período (caso a Comissão tenha indícios de que a infração funcional ainda está em andamento) quanto ao acesso a dados de monitoramento já realizados no âmbito do controle preventivo, como o histórico de navegação, o tráfego de rede, os tipos de busca realizados, os dados referentes aos acessos em plataforma ou redes virtuais, arquivos baixados, transferências de dados realizadas etc.

Entende-se que tal incidente é cabível para ter acesso aos dados de navegação na internet realizada por meio dos equipamentos funcionais - no entanto, considerando que também o uso social da *web* a partir de equipamentos funcionais deve ser tolerado pelo Estado-empregador e que, diferente do que ocorre com o e-mail, não é possível se delimitar previamente aquilo que é ou não pessoal, o referido incidente de prova pericial poderá se deparar com informações protegidas tanto pelo direito à privacidade do servidor público quanto por seu direito de proteção de dados pessoais. Dessa forma, além da fundamentação da necessidade da produção de tal prova no caso concreto, entende-se que a Comissão ainda deverá indicar à perícia de forma clara e objetiva quais são as informações relevantes para a investigação (datas, horários, tipos de sites ou informações acessados etc), de forma a se evitar que a instrução probatória avance indevidamente sobre dados desnecessários à investigação e que dizem respeito ao direito de privacidade ou de proteção de dados pessoais do servidor público.

Com ainda mais razão, entende-se que o incidente deve ser utilizado com extrema cautela - em hipóteses excepcionais, quando gravidade do fato investigado efetivamente justificar tal produção de prova - nos casos de equipamentos pessoais de eventuais investigados adeptos do BYOD, já que, como nesses casos a utilização do dispositivo se volta tanto a assuntos pessoais quanto a assuntos profissionais, há um risco muito alto de se acessar informações que são protegidas pelo direito à privacidade e pelo direito à proteção de dados pessoais do indivíduo. Daí que, além da necessidade de se estabelecer parâmetros bastante claros para tal atuação, entende-se que a busca de informações em dispositivos pessoais em BYOD só será juridicamente legítima nos estritos limites do monitoramento preventivo realizado (e não a partir de um monitoramento exclusivamente destinado à investigação disciplinar). Assim, a Comissão deve orientar expressamente que se a perícia, mesmo seguindo as diretrizes de prova, ainda assim se deparar com informações protegidas pelo direito à privacidade ou à proteção de dados pessoais do servidor público (por exemplo, informações de saúde, relacionadas a preferências político-partidárias ou mesmo a comunicações realizadas em redes sociais ou em aplicativos de mensagens instantâneas

vinculados a contas pessoais), deverá se abster de juntar tais dados no incidente de prova pericial, sob pena de nulidade.

E, mais uma vez, vale lembrar que os servidores devem ser prévia e ostensivamente informados de que sua navegação na web - inclusive, se for o caso, a realizada por meio de dispositivos pessoais em BYOD - pode ser monitorada pelo Estado-empregador e, inclusive, os dados obtidos podem ser utilizados em eventual investigação disciplinar.

2.2.3. Provas decorrentes de dados de geolocalização

A Comissão também poderá instaurar incidente de prova pericial para obter acesso a informações sobre a geolocalização do servidor público em uma determinada data ou em um certo período, para verificar, por exemplo, se o servidor esteve em determinado local de forma a se elucidar o fato investigado¹¹⁴¹.

No entanto, entende-se que, em razão do alto potencial de invasão da privacidade do servidor público e mesmo do seu direito à proteção de dados pessoais, a possibilidade de produção desse tipo de prova é bastante restrita, devendo se justificar em razão da gravidade dos fatos apurados. Daí que, da mesma forma como apontado acima, a Comissão Processante deverá indicar de forma objetiva e delimitada os dados que pretende que sejam juntados ao processo disciplinar, indicando objetivamente a necessidade da informação referente a determinado período, data e/ou local e justificando a sua necessidade para a investigação. Ademais, uma vez que a referida prova diz respeito ao tratamento de dados pessoais do servidor público investigado, entende-se necessária a prévia oitiva do controlador de dados.

Além disso, também se entende que só podem ser objeto deste tipo de prova no curso do processo administrativo disciplinar aqueles dados coletados nos estritos limites do monitoramento preventivo - ou seja, só os dados de geolocalização coletados a partir de aparelhos funcionais (como celulares, *tablets* etc) na atividade de monitoramento regular do

¹¹⁴¹ Traz-se aqui um exemplo concreto: certa feita, um determinado servidor público estava sendo investigado pelo uso irregular de um carro funcional. Havia provas de que, durante o período em que o carro esteve à sua disposição (sem motorista), tal carro teria adentrado um motel e lá permanecido por cerca de duas horas. A prova possível no caso foi uma gravação das câmeras da entrada e saída do motel, as quais, no entanto, apenas focalizavam a placa do carro, não o motorista ou o passageiro. A defesa do investigado foi no sentido de que ele havia deixado o carro em um lava-rápido durante aquele período e que, portanto, não era ele quem estava no carro. Ao final da instrução probatória, ficou comprovado que o carro realmente esteve no motel, mas não ficou comprovado nem que o servidor estava no carro nem que o carro havia sido deixado em um lava-rápido. Diante disso, o servidor foi apenado com 90 dias de suspensão (maior quantidade de dias de suspensão possíveis de acordo com a legislação brasileira) - caso, entretanto, houvesse a possibilidade de se verificar, pelos dados de geolocalização do celular funcional (já que tudo se deu em horário de trabalho) se o servidor efetivamente teria ou não estado naquele local, a penalidade poderia ser totalmente excluída ou, por outro lado, poderia ter sido mais gravosa e levado à demissão do servidor.

Estado, sendo juridicamente inviável que a Comissão Processante pretenda acesso aos dados de geolocalização do telefone pessoal do servidor público, ainda que utilizado em BYOD, uma vez que sequer o monitoramento preventivo de tais aparelhos é admitido (de fato, como dito, via de regra o celular pessoal é um item que o indivíduo carrega consigo onde vai e que mantém geralmente ligado - diferente do celular funcional que, por exemplo, pode ser desligado guardado em determinado local nos períodos extra jornada de trabalho -, de forma que a chance de acesso a informações protegidas pelo direito à privacidade e à proteção de dados é muito alta).

E, não custa repetir, a legitimidade de tal tipo de prova está totalmente vinculada à prévia ciência inequívoca do servidor público investigado de que tais dados estão sendo coletados e que podem ser utilizados inclusive no curso de investigação disciplinar.

2.2.4. A possibilidade de prova emprestada

Há ainda a possibilidade de que a Comissão Processante, naqueles casos em que não possa, por questões jurídicas, produzir diretamente a prova para instruir o processo disciplinar (ou também por razões de economicidade, de conveniência e de oportunidade), valha-se do empréstimo de provas produzidas em outros procedimentos, de forma a acessar os elementos de prova legitimamente produzidos.

De fato, muito embora a utilização de provas emprestadas em processo administrativo disciplinar não seja prevista expressamente nas normas positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, essa possibilidade tem sido ponto pacífico na jurisprudência brasileira, especialmente após a decisão do Supremo Tribunal Federal no Inquérito 2424-QO¹¹⁴². Isso porque tem se entendido que há a necessidade de se diferenciar as regras de produção de prova das regras de uso processual da prova; nesse sentido, caso a Comissão Processante não possa legitimamente produzir determinada prova, isso não impede que, uma vez produzida de forma legítima em outro procedimento, referida prova seja usada processualmente no âmbito do processo administrativo disciplinar.

Noutras palavras, tendo em conta especificamente o objeto deste estudo, se a Comissão Processante não puder produzir diretamente a prova em razão de possível invasão no direito à privacidade do servidor público, isso não impede que uma prova legitimamente

¹¹⁴² Veja-se trecho da ementa da decisão: "EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. (...) (Inq 2424 QO, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00055 EMENT VOL-02286-01 PP-00109 RTJ VOL-00205-02 PP-00638);

colhida (observada, por exemplo, a reserva de jurisdição) seja utilizada como prova emprestada no processo administrativo disciplinar. É que, nesse caso, entende-se que o eventual sigilo protegido pela privacidade do servidor público já teria sido devassado pela produção da prova em âmbito judicial, não se tratando, portanto, de nova ruptura do sigilo, mas apenas do reconhecimento de igual valor ou igual repercussão jurídico-probatória da mesma prova já produzida; além disso, parece incoerente se admitir que o Estado, tendo tomado ciência de determinada prova produzida no âmbito judicial, não possa conhecer do mesmo fato em âmbito administrativo-disciplinar.¹¹⁴³

Assim, o compartilhamento de provas deve observar os seguintes requisitos essenciais: (i) a prova deve ter sido produzida no feito original de forma legítima (ou seja, sem ofensa aos direitos processuais e materiais das partes); (ii) o traslado documental da prova deve ser autorizado pela autoridade que preside o feito original, mediante solicitação da Comissão Processante; (iii) a prova deve ser submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar onde será utilizada¹¹⁴⁴. Além disso, é preciso ter em mente que a prova compartilhada sempre ingressa no processo disciplinar como prova documental, independentemente da sua natureza no processo principal, o que, entretanto, não implica a perda de sua aptidão probatória originária¹¹⁴⁵.

Além disso, cabe assentar que não constitui exigência para o compartilhamento de provas que no processo originário a parte investigada seja a mesma do processo

¹¹⁴³ Cite-se trecho das ponderações do Ministro Cezar Peluso na discussão da Questão de Ordem no Inquérito 2424: "Isso não significa - e meu voto deixou claro, mas quero deixá-lo claro mais uma vez, porque acredito que esta decisão possa constituir precedente importante da Corte na interpretação daquele texto constitucional - estabelecer uma consequência de caráter absoluto sobre o uso dessa prova, mas perceber e situar os interesses considerados pela Constituição na ponderação entre o direito individual à intimidade e os interesses públicos na repressão penal e na repressão de ilícitos administrativos, porque ambos interessam ao Estado, imediatamente, e à sociedade inteira, por consequência. Isto é, à sociedade toda interessa que não haja crimes, mas, quando os haja, que o Estado os apure e reprima, assim como à mesma sociedade interessa que as funções atribuídas às autoridades estatais sejam exercidas de acordo com a constituição e com a lei, e que, quando não o sejam, o mesmo Estado apure as ilicitudes e as puna em favor dos interesses da mesma coletividade. (...) É que não se pode admitir a ficção de que o Estado é uma mentirinha, no sentido de que só possa conhecer do fato na área penal. O Estado, visto como administração, não pode conhecer do mesmo fato? Temos que fingir que o Estado, que sabe do fato no campo penal, não pode saber do mesmo fato em outra área de seu interesse?" (Inq 2424 QO, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00055 EMENT VOL-02286-01 PP-00109 RTJ VOL-00205-02 PP-00638, p. 140 e 141).

¹¹⁴⁴ DEZAN, **Direito administrativo disciplinar: direito processual**, p. 203. Segundo o autor, muito embora exista entendimento doutrinário no sentido de que se o elemento de prova emprestado tiver sido submetido ao contraditório no processo originário, tal contraditório no processo disciplinar poderia ser dispensado, caso se trate do mesmo investigado, haja identidade dos pontos de provas e não exista fundada necessidade de nova manifestação da defesa ou ainda se a defesa, depois de notificada deixe de requerer a possibilidade de se manifestar. No entanto, o autor - acertadamente - alerta que "é de boa técnica provocar de ofício a defesa a se pronunciar em todo e qualquer caso de ingresso emprestado de elementos de prova, mesmo que haja ocorrido o exercício do contraditório no processo de que o compartilhamento provenha."

¹¹⁴⁵ DEZAN, **Direito administrativo disciplinar: direito processual**, p. 203 a 206.

administrativo disciplinar para o qual se requer o empréstimo da prova - de fato, a jurisprudência brasileira tem admitido que elementos decorrentes de provas legalmente autorizadas e legitimamente produzidas possam ser utilizados em processo administrativo disciplinar, *tanto contra a mesma pessoa em relação à qual foram colhidos quanto contra pessoas diversas*.¹¹⁴⁶

Em resumo, é possível, pois, que provas cuja produção seja vedada no âmbito do processo administrativo disciplinar sejam, entretanto, utilizadas pela tríade processante por meio do empréstimo de provas, o que, como exposto, não infringe o direito fundamental à privacidade ou à proteção de dados pessoais dos servidores públicos investigados.

2.2.5. A amplitude dos meios de provas digitais

Por fim, calha analisar um último ponto quanto às possibilidades de instrução probatória nos processos do controle de conduta repressivo que pode, de alguma forma, levantar questionamentos quanto a um possível conflito com o direito de privacidade dos servidores públicos: as provas digitais.

A partir do momento em que boa parte das interações e atividades humanas se dá por meios digitais - como celulares, computadores, tablets, internet etc - os meios digitais

¹¹⁴⁶ Nesse sentido, veja-se, a título de exemplo, os trechos das seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal: (i) "EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. (...) (Inq 2424 QO, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00055 EMENT VOL-02286-01 PP-00109 RTJ VOL-00205-02 PP-00638); (ii) EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. (...) (Inq 2424 QO-QO, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00055 EMENT VOL-02286-01 PP-00152 RTJ VOL-00205-02 PP-00656) (iii) EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. MAGISTRADO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. artigo 27, § 1º DA LOMAN. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ILICITUDE DA PROVA E IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA EMPRESTADA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. SEGURANÇA DENEGADA. (...) 2. Legalidade da decretação, pelo magistrado de primeira instância, da quebra de sigilo telefônico do filho do impetrante, considerado peça-chave no esquema de venda de habeas corpus para traficantes de entorpecentes, já que ele não possuía prerrogativa de foro e a quebra de sigilo telefônico ocorreu na fase de inquérito policial, aplicando-se, por conseguinte, o entendimento firmado por esta Corte no julgamento do HC 81.260. 3. A revelação dos fatos relativos ao impetrante deu-se em decorrência de prova lícitamente obtida. Inexistente, portanto, qualquer obstáculo jurídico à utilização da prova no procedimento administrativo disciplinar, ainda mais quando cotejada com outras provas, em especial os depoimentos de todos os envolvidos. (MS 24803, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-02 PP-00285 RTJ VOL-00214-01 PP-00371);

passaram a representar um importante suporte para documentar obrigações, responsabilidades e atividades¹¹⁴⁷. E, em matéria probatória, isso traz uma grande vantagem: quase tudo que se realiza digitalmente deixa "rastros" (o que é intensificado inclusive pelo comportamento das novas gerações nascidas no mundo digital)¹¹⁴⁸, o que faz com que a prova em meios eletrônicos possa ser averiguada de forma mais fácil do que as demais - de fato, essa memória de dados e acontecimentos entre máquinas, equipamentos e softwares permite que se rastreie e identifique a maioria das atividades digitais realizadas por um indivíduo¹¹⁴⁹, desde que se conheça e se tenha as ferramentas certas.

De forma geral, a prova digital ou eletrônica pode ser considerada como toda informação, evidência ou assunto de criação, intervenção humana ou não, que pode ser extraído de um compilado ou depositário eletrônico e que esteja em um formato de entendimento humano.¹¹⁵⁰ Nas leis específicas do processo administrativo (Lei nº 9.784/99) e do processo administrativo disciplinar (Lei nº 8.112/90) não há quaisquer regras que indiquem haver restrição à utilização de provas eletrônicas nas investigações disciplinares. Mas, considerando o ordenamento jurídico brasileiro de forma ampla, verifica-se que a utilização de provas eletrônicas é expressamente aceita - a título de exemplo, o Código Civil prevê, em seu artigo 225, que *quaisquer reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes* (salvo se a parte, contra quem forem exibidos, impugnar-lhes a exatidão); o Código de Processo Civil (que, como já exposto, aplica-se de forma supletiva e subsidiária aos processos administrativos, nos termos de seu artigo 15) estabelece, em seu artigo 193, que os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais e, em seu artigo 441, a admissibilidade, como prova, de documentos eletrônicos, desde que *produzidos e conservados com a observância da legislação específica*.

A prova digital tem natureza de prova documental - sua valoração probatória, como sói acontecer, depende de se demonstrar sua autoria (quem o produziu) e sua integridade (garantia de que seu conteúdo não foi adulterado ou manipulado, devendo ser auditável e

¹¹⁴⁷ CAVALCANTI, Gustavo Henrique de Vasconcellos, Validade jurídica das provas digitais no processo administrativo disciplinar, **Repositório de conhecimento da CGU**. Disponível em <<https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/31038>> Acesso 12 nov 2019.

¹¹⁴⁸ José Alexandre de Sousa Pinheiro (**Privacy e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**, p. 301 e 302) lembra que as novas gerações intensificam essa rastreabilidade por um certo descaso com sua própria privacidade: "O uso precoce do ambiente digital conduz à "displícência própria da intimidade". Não se pensa nas consequências da informação deixada no espaço global; o mais habitual consiste, até, em não adquirir consciência do facto de o nome, o endereço de correio electrónico e até a morada serem, na linguagem europeia, "dados pessoais". Apenas quando sofre consequências – o caso típico situa-se no campo laboral – da colocação online de fotografias ou atitudes mais deslocadas do comum, o *digital native* enceta um processo de reflexão que pode conduzir a uma maior prudência futura (o que não apaga os conteúdos extraídos da rede e já armazenados por outros)."

¹¹⁴⁹ PINHEIRO, Patrícia Peck, **Direito digital**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016te, p. 87.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 284.

passível de perícia).¹¹⁵¹ Era esse último aspecto, aliás, o vetor de uma das maiores discussões sobre a aceitabilidade da prova eletrônica, por se entender, inicialmente, que haveria uma forte dificuldade de garantir a integridade de tal tipo de documento. No entanto, com o avançar da tecnologia - especialmente com a criação das assinaturas digitais -, essa discussão perdeu um pouco o vigor.¹¹⁵²

Demonstrada, portanto, a admissibilidade da prova digital no âmbito do processo de controle de conduta repressivo, passa-se, pois, a algumas reflexões sobre a obtenção de tais provas.

As fontes de dados (meios pelos quais se permite o acesso a dados disponíveis na internet ou em bancos de dados, restritos ou não, sobre determinado indivíduo, fato, ocorrência, local etc)¹¹⁵³ podem ser classificadas em: (i) fontes abertas, ou seja, aquelas cujo acesso é livre, não havendo nenhum obstáculo à obtenção de dados e de conhecimento; e (ii) fontes fechadas, que são aquelas cujos dados são protegidos (ou seja, demandam um credenciamento para acesso) ou negados (necessitam de uma operação de busca para sua obtenção); ou seja, o acesso às fontes fechadas necessita de uma autorização especial, pois o dado disponível é restrito - nesse sentido, seu acesso depende de prévia autorização judicial da quebra do sigilo (como do sigilo telefônico, bancário e fiscal, a interceptação telefônica, telemática ou informática e ambiental).

No entanto, são as fontes abertas que gozam de especial interesse para o tema aqui tratado. Isso porque muitas informações que, a princípio, possam ser vistas como inacessíveis em razão de proteção do direito à privacidade dos servidores públicos, parecem perder essa tutela quando extraídas de fontes abertas. Tais fontes, por não conterem nenhuma restrição de acesso, são bastante úteis à *open source intelligence* - forma de coletar, selecionar e adquirir informações que possam auxiliar na produção do conhecimento - e que, repita-se, tratando-se de informação de livre acesso na internet ou em bancos de dados, a princípio, não se encontra protegida pelo direito fundamental à privacidade.¹¹⁵⁴

¹¹⁵¹ CAVALCANTI, Validade jurídica das provas digitais no processo administrativo disciplinar.

¹¹⁵² Destaque-se a instituição, pela Medida Provisória 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), cujo escopo é “garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras”. O artigo 10 da referida norma equipara os documentos eletrônicos aos tradicionais, bem como sua admissibilidade como meio de prova, independentemente, inclusive, de estarem assinados pelo sistema de assinatura digital ou não.

¹¹⁵³ BARRETO, Alesandro Gonçalves; WENDT, Emerson, **Inteligência e investigação criminal em fontes abertas**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Sérgio Martins de Oliveira, 2020, p. 32.

¹¹⁵⁴ A título exemplificativo, considerando a utilização de provas extraídas de fontes abertas para investigações patrimoniais, cite-se: CHAVES, Rodrigo Fernando Machado, **Indicadores patrimoniais de enriquecimento ilícito e o ônus da prova do ato de improbidade administrativa (a investigação patrimonial de Procuradores Federais no controle interno da Procuradoria-Geral Federal)**, Fundação Getúlio Vargas - Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 90 e 91.

E, dessa forma, é possível se imaginar que a conjugação daquelas provas tradicionais produzidas pela comissão - como as mencionadas acima - com as informações que podem ser extraídas de toda a sorte de fontes abertas disponíveis (internet, imprensa, dados geoespaciais, imagens comerciais etc) é capaz de gerar um conhecimento de vasta abrangência.

De fato, a quantidade potencial de dados que pode ser encontrada a partir de pesquisas em fontes de livre acesso é enorme: é possível se extrair, a partir de informações de redes sociais e de bancos de dados públicos, por exemplo, inúmeros achados sobre um indivíduo (especialmente se ele for servidor público) como endereço, localização atual, dados familiares, padrão de vida, viagens, posses, doenças, hábitos, profissão, salário, atividades profissionais rotineiras, horários que está em casa etc. A título de exemplo, veja-se o que é possível se obter a partir do Facebook: (i) o investigador qualificado como um agente aplicador da lei pode ter acesso diversas informações do perfis, ainda que não públicos e ainda que não conectados por uma relação de "amizade" entre o investigador e o investigado¹¹⁵⁵; (ii) para as informações não disponíveis de contas privadas, é possível, por exemplo, buscar informações por meio de perfis públicos relacionados; (iii) para outras informações de contas privadas, também é possível utilizar o GRAPH API – que permite buscar informações como usuários, locais, eventos, páginas, grupos - ou buscadores específicos.

No entanto, é necessário sempre ter em mente o alerta de que há muita informação duvidosa, desleal, desonesta, inverídica circulando nas redes. Dessa forma, mostra-se essencial que, durante a investigação, sejam adotadas algumas cautelas, como a dupla verificação de fonte, uma vez que não é qualquer dado que interessa para a elucidação dos fatos - apenas o dado útil e confiável.¹¹⁵⁶

Mas fato é que as informações que podem ser extraídas de fontes abertas são dados de altíssima relevância para subsidiar a produção de conhecimento investigativo, especialmente quando tratadas em conjunto com as demais provas produzidas no processo de apuração dos fatos; na realidade, muitas das respostas buscadas no âmbito da investigação já estão disponíveis, de maneira aberta, na *surface web* ou na *deep web* - basta saber encontrá-las e tratá-las.

E isso leva ao próximo ponto: ao utilizar as ferramentas de *open source intelligence* em uma investigação de controle de conduta repressivo, o investigador muito provavelmente estará realizando, ao fim, uma operação de tratamento dos dados pessoais do servidor investigado. E, com esse tratamento será possível o levantamento de informações relevantes

¹¹⁵⁵ Por meio da ferramenta <<https://web.facebook.com/records/login/>>

¹¹⁵⁶ BARRETO; WENDT, **Inteligência e investigação criminal em fontes abertas**.

que podem auxiliar na elucidação de fatos, mas também na construção do perfil do investigado, que, por sua vez, pode ser essencial para se desvendar a irregularidade que está sendo apurada. E nesse ponto, pode se questionar se tal tratamento é lícito e legítimo à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Entende-se que sim. À partida, considerando que tal hipótese de tratamento se vale de dados coletados por meio de fontes abertas, entende-se que, alfim, o que se tem é um acesso a informações que foram divulgadas pelo próprio titular (que, mesmo que tacitamente, assentiu e promoveu sua publicização nos termos da plataforma virtual utilizada), de forma que estaria excluída aqui a possibilidade de se questionar a tutela da privacidade. Especificamente com relação à sistemática para o tratamento de dados pessoais, verifica-se que a LGPD exclui de seu âmbito de aplicação o tratamento exclusivamente para atividades de investigação e repressão de infrações penais. Dessa forma, a *contrario sensu*, referida norma se aplica à investigação produzida nos processos administrativos de controle de conduta repressivo. No entanto, entende-se que o tratamento de dados pessoais nesse caso se enquadra na hipótese de tratamento de dados pessoais realizado "para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador" (artigo 7º, inciso II). Isso porque, como amplamente demonstrado, a partir do momento em que toma ciência da prática de uma irregularidade por um servidor público, a autoridade estatal tem o *dever* de investigar (conforme artigo 143 da Lei nº 8.112/90), ou seja, não está sob sua livre disposição a instauração de procedimento para averiguar os relatos dos supostos ilícitos. Dessa forma, referido tratamento de dados pessoais gerando, até mesmo, a criação de um perfil do investigado, pode ser visto como uma forma de se dar cumprimento ao dever de exercício da competência disciplinar. Isso porque, como exposto, a instrução probatória no procedimento disciplinar deve ser conduzida para permitir alcançar um convencimento seguro da autoridade competente quanto à instauração do feito e quanto à condenação do investigado. Mas, além disso, a atividade probatória praticada pela comissão processante deve também ser suficiente para dar segurança à autoridade para arquivar a notícia de prática irregular sem a instauração do processo disciplinar investigativo-punitivo ou para arquivar o processo investigativo-punitivo instaurado. Isso porque, na atividade disciplinar, o ônus da prova compete ao Estado, que, por meio da Comissão Processante, no procedimento investigatório prévio, deverá providenciar de ofício o levantamento dos elementos instrutórios suficientes para indicar a presença de indícios de autoria e de materialidade e, no processo investigativo-punitivo, deverá promover as provas necessárias para esclarecer os fatos irregulares e sua autoria, reunindo elementos concretos que possam embasar a decisão, em um compromisso com a busca da verdade jurídica.

Dessa forma, entende-se possível – e desejável - que a Comissão realize buscas em fontes abertas de informações que possam auxiliar na investigação do fato irregular ou

mesmo corroborar os fatos inferidos por meio da produção de prova convencional, de forma a se conferir ainda maior segurança à atividade de controle realizada e à decisão da autoridade administrativa.

CONCLUSÃO

1. Não há nenhuma novidade em se afirmar que o fenômeno da **corrupção** assola o mundo de forma praticamente **endêmica**, há décadas. Ainda que seja possível observar uma maior preocupação social com relação ao tema (o que gera maiores debates, reflexões e vai permitindo um amadurecimento na forma de enfrentamento do problema) – movimento pelo qual perpassaram o amadurecimento e a escrita desta tese - a verdade é que ainda há um longo caminho a ser percorrido principalmente no que diz respeito à prevenção desta forma de captura do Estado para interesses particulares.

No caso do Brasil, por exemplo, embora aparentemente tenha havido um certo despertar social sobre o tema (especialmente a partir as manifestações populares de 2013), as mudanças que prometiam revolucionar o país andam (quando andam) a passos muito lentos - nesse ínterim, o Brasil passou da 69ª posição do Índice de Percepção de Corrupção da Transparência Internacional em 2014 para a 94ª posição em 2020 (tendo chegado a ocupar, como já exposto, as posições 105ª e 106ª respectivamente em 2018 e 2019¹¹⁵⁷), o que demonstra que, na percepção da sociedade, o país, na verdade, retrocedeu em termos de possibilidades institucionais de dar respostas satisfatórias, legais e legítimas a esses problemas seculares de desrespeito à coisa pública, com os quais, aparentemente, até hoje não sabemos muito bem como lidar.

2. É certo que melhorar a resposta estatal para os problemas relacionados à corrupção parece ser, na realidade, uma demanda global. Tendo isso em mente, busquei desenvolver nesta tese uma nova perspectiva sobre o controle da atuação estatal, de forma a deixá-la menos propensa a ser corroída por essa doença que parece se alastrar como uma praga. É que, tendo atuado por quase uma década na área de controle interno - seja no âmbito disciplinar, seja na seara da integridade, seja na assessoria especial de controle interno -, sempre tive a impressão de que o Estado-Administração pode fazer (muito) mais na relação com seus servidores. E considerando que a corrupção, quando envolve um ente público, demanda necessariamente a participação de um agente público (muitas vezes, um servidor público) entendia que era necessário repensar essa relação Administração-servidor de forma ampla.

3. O primeiro ponto seria refletir sobre os próprios aspectos da relação em si, não para questionar um dos pontos de sustentação de maior salvaguarda de atuação pública - a estabilidade dos servidores (que, como demonstrado na segunda parte deste estudo, funciona como garantia para uma atuação estatal técnica e imparcial) - mas sim para redimensionar expectativas e para clarear responsabilidades. Ou seja, refletir sobre essa

¹¹⁵⁷ Disponível em <<https://www.transparency.org/en/cpi/2019/index/nzl>> Acesso 04 de julho 2021.

relação de forma honesta e transparente, especialmente para deixar claro àqueles que a querem integrar que, além dos seus inúmeros benefícios (geralmente remuneração atrativa, estabilidade, plano público de aposentadoria interessante e quaisquer outros que possam vir à mente) existe também uma gama de deveres, de responsabilidades, de sujeições às quais aquele que opta por ser um servidor público deve se submeter. É que, ao que parece, em algum momento essa ideia se perdeu - daí haver situações em que há muitas reivindicações de direitos, mas pouca assunção de responsabilidades.

E uma dessas hipóteses em que me parecia necessário deixar clara essa ideia de dever de submissão dizia respeito à obrigatoriedade de o servidor se sujeitar ao controle estatal. Mais uma vez, trazendo à tona a experiência na atividade de controle interno, muito me incomodava o desconforto com que alguns servidores encaravam a necessidade de prestar contas de suas atividades - tanto para os seus órgãos de controle institucional quanto para atender a demandas de controle da sociedade, como se isso não fosse inerente à prestação da atividade pública.

4. Daí a necessidade de se repensar o controle interno estatal, controle que o Estado-Administração exerce sobre sua própria atividade. É que quando se fala em controle, a primeira ideia que vem à mente, geralmente, é do controle repressivo, sancionador. Mas o que se pretendeu neste estudo foi trazer uma nova forma de enxergar o controle interno, mais amplo, mais próximo do servidor e (acredito) com possibilidade de resultados mais efetivos. Por isso a proposta, já no início deste estudo, de se analisar o controle interno sob um viés de integridade pública, a partir de uma abordagem específica de gestão de riscos e considerando o lugar de importância que as normas de conduta deveriam ocupar; ou seja, uma acepção de controle que considere o efetivo comprometimento do órgão ou do ente público com a prevenção e o combate à corrupção, com a cultura institucional, com o fortalecimento da governança pública, com a transparência da gestão, com conscientização sobre a necessidade de se fazer o certo porque é certo, com o incentivo à participação social e com o controle das políticas públicas; enfim, uma acepção em que essa atuação preventiva e conformadora da conduta dos servidores tem tanta ou mais importância do que a acepção repressiva e sancionadora.

Mas, para explicar a forte influência e a posição de destaque que esse controle interno tem (ou deveria ter) foi necessário dar alguns passos atrás e buscar refletir sobre a própria natureza da relação funcional. Por esta razão a Parte II do estudo foi tão dedicada ao tema: além de analisar os meandros da burocracia estatal, me pareceu fazer sentido relembrar todas as forças que regem a relação entre o Estado e o servidor público: desde a inegável posição de relevo ocupada pelos agentes públicos por serem o corpo e a voz que personifica o Estado (o que, de toda forma, significa ocupar uma - ainda que pequena - posição de poder), passando pela hierarquia administrativa e pelos poderes e deveres funcionais (especialmente

pelo poder disciplinar) e culminando em um ponto-chave desta análise: a caracterização da relação funcional como uma relação de sujeição especial.

5. Para tanto, foi necessário buscar na doutrina os subsídios para refletir sobre o tema das relações de sujeição especial (cabendo lembrar, entretanto, que a teoria é praticamente desconhecida no Brasil¹¹⁵⁸). Por esta razão, passei um tempo em pesquisas na Espanha e em Portugal e tentei também não ser por demais sucinta na explanação do tema nesta tese, buscando dar também minha contribuição para disseminar a teoria no âmbito brasileiro, estimular reflexões e debates a respeito, para que possamos amadurecer sua aplicação, por ser um instrumento que (acredito) muito tem a contribuir tanto na conformação da relação em si quanto na maior clareza, tão necessária, sobre quais são as verdadeiras nuances de se estar em uma relação funcional.

Além disso, ideia de trazer o tema à tona e colocá-lo em posição de destaque no debate, tem o intuito de provocar a reflexão sobre como é o corpo funcional que se pretende ter, quais são os limites e as possibilidades dos agentes públicos. Mas me parece cabível alertar aqui, pela última vez, que ao se defender aqui uma retomada da teoria das relações de sujeição especial, isso diz respeito - sempre - a uma teoria reabilitada democraticamente. Em outras palavras, não se cogita, de nenhuma forma, o desrespeito aos direitos fundamentais dos servidores públicos, uma vez que, ao aceitarem o regime especial da relação estatutária, isso não os retira da posição jurídica de indivíduos tutelados pelo Estado, titulares de direitos fundamentais. Nesse sentido, o que se defende aqui é que se enxergue a qualificação da relação funcional como uma relação de sujeição especial com o intuito de conformá-la - diferenciando-a das relações de emprego privadas -, reconhecendo que a situação de duradoura e efetiva inserção do servidor público na esfera organizativa do Estado faz com que ele se submeta a um regime jurídico peculiar, que se traduz em um tratamento especial de sua liberdade, de seus direitos fundamentais e de suas garantias institucionais, de forma a adequá-los à finalidade típica da relação, que é a concretização do interesse público por meio da prestação da atividade administrativa, estatal.

6. Assim, pois, assentada essa premissa para clarear melhor as dimensões de atuação e de responsabilidade presentes na relação funcional, passei a delinear os contornos daquele controle estatal que pretendia propor como medida para melhor acompanhar a atividade do Estado: o **controle de conduta**. Isso porque pareceu fazer bastante sentido voltar os olhos para a atuação do ser humano para buscar uma forma de lidar com esse emaranhado de problemas (dos mais simples aos mais complexos) relacionados à falta de comprometimento, de probidade, de responsabilidade para com o serviço público. É que,

¹¹⁵⁸ Há, no entanto, honrosas exceções na doutrina brasileira, citadas no corpo da pesquisa, que muito auxiliaram para o amadurecimento da tese neste ponto.

repise-se: sendo o agente público (de forma especial, o servidor público) a boca e as mãos do Estado, o caminho de focar em sua conduta especificamente para mudar a forma como o Estado lida com pequenos e grandes casos de corrupção me parecia cada vez mais claro.

7. Daí a proposta de uma concepção de controle de conduta que agregue as diversas formas de avaliar e acompanhar o atuar dos servidores públicos: desde as formas preventivas (relacionadas ao fomento de condutas éticas, às atividades educativas, à conscientização etc, denominado de controle comportamental) até as formas repressivas, representadas especialmente pelo controle disciplinar e pelo controle ético.

Quanto à primeira hipótese - o controle comportamental - busquei refletir sobre a possibilidade de o Estado adotar estratégias que pudessem efetivamente mudar o *status quo*, alterar o *mindset* ou, em bom português, fazer a diferença na forma como os servidores públicos se enxergam, enxergam a posição que ocupam no Estado e enxergam o próprio Estado. Por isso ter insistido tanto na necessidade de, com essa forma de controle, promover uma verdadeira mudança de cultura organizacional. E também por isso ter buscado ressaltar a importância dessa forma de controle na modulação (paternalista-libertária) da conduta dos servidores, inclusive de forma específica (por meio da gestão de riscos à integridade, possibilitando que o Estado forneça suportes concretos e efetivos para aqueles seus servidores que tiverem que lidar com maiores perigos de desvio no trato da coisa pública). E, ainda que se possa questionar vários aspectos desse controle preventivo (como fizemos no último capítulo desta tese), acredito que essa tentativa de direcionar o atuar do servidor público para o que parece mais correto, mais ético, mais consonante com o interesse público é inegavelmente melhor do que nada, especialmente porque nenhum contexto de escolhas é neutro (seria quase uma lógica de que é melhor errar tentando acertar do que simplesmente deixar a decisão ao acaso).

Por outro lado, a partir das demonstrações de que comportamentos desonestos podem ser "transmitidos" por meio de "contágio moral", passa a ser essencial cuidar para o controle repressivo não permita que nem mesmo pequenas infrações passem em branco - isso porque, embora possam ser vistas como triviais e inconsequentes, por serem insignificantes individualmente, quando se acumulam (em uma pessoa, em muitas ou em grupos), podem enviar a sinalização de que não há problemas em se comportar mal em uma escala maior, ou seja, os efeitos da transgressão individual podem ir além de um único ato desonesto (e essa "escalada de desonestidade" pode acabar possibilitando um resultado final desastroso, que é o desenvolvimento implícito de um código de conduta menos ético); daí a necessidade de se manter mais vigilante e efetivamente envidar esforços para frear até mesmo as pequenas infrações.

8. Mas é necessário deixar claro que o que aqui se propõe não é adotar uma política de extremo punitivismo - ao contrário, o que se propõe é melhor trabalhar inclusive essas

pequenas más condutas, para que a mudança de padrão, de forma de pensar, de forma de agir comece efetivamente por aí. Parece necessário, em outras palavras, à partida, criar ou reforçar as motivações intrínsecas que as pessoas têm para agir corretamente. Daí a necessidade das políticas de integridade, por se entender que são capazes influenciar a bússola moral do indivíduo de duas maneiras principais: (i) elevando o ponto de referência moral, o que induz as pessoas a comparar as suas próprias ações com *standards* mais elevados, criando uma situação de "contágio moral" positivo; e (ii) enfatizando o ponto de referência moral, uma vez que, como exposto, mesmo as pessoas com *standards* morais internos muito elevados algumas vezes não os seguem (o que cria uma dissonância - geralmente ignorada - entre o comportamento e o ponto de referência moral), de forma que abordar a moralidade pessoal dos indivíduos e estimulá-los a refletir sobre as consequências éticas de suas ações pode levar à adoção de decisões mais consonantes com a moralidade, a ética e a probidade.

No entanto, também parece essencial ter em conta que o fato de o controle repressivo ser realizado pelo Estado-Administração sobre a conduta de seus próprios servidores coloca-o em uma situação de vantagem com relação aos controles externos: a proximidade física e temporal dos fatos, o melhor conhecimento dos processos e dos procedimentos (e da praxe administrativa em cada caso), a acessibilidade facilitada a informações, documentos, elementos de prova etc parecem dar ao Estado uma posição que lhe permite explorar nuances que lhe são próprias, o que se mostra muito interessante para a elucidação dos fatos. No entanto, ao que parece, ainda existe um certo receio sobre até onde pode ir o Estado em seu controle de conduta, o que muitas vezes acaba inviabilizando uma atuação de maior qualidade.

Com efeito, ambas as perspectivas do controle interno (preventiva e repressiva) podem conflitar com os direitos fundamentais dos servidores públicos - de forma muito especial, com o seu direito à privacidade (em uma concepção ampliada, englobando, inclusive, o direito à proteção de dados pessoais) - o que poderia, em razão disso, diminuir o âmbito de atuação desse controle e, por consequência, sua efetividade.

9. E essa era a grande questão, o nó górdio desta tese: como fortalecer o controle interno estatal tornando-o efetivo o suficiente para realmente promover mudanças no ambiente institucional - e, com isso, funcionar verdadeiramente como uma ferramenta no combate à corrupção - sem, no entanto, macular o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais dos servidores públicos?

Daí a necessidade de se valer de todo o baldrame teórico trazido antes, para se traçar algumas diretrizes referentes ao conflito entre o controle de conduta e o direito à privacidade dos servidores públicos.

10. Nesse sentido, foram apresentadas algumas diretrizes gerais que deveriam ser consideradas no processo de ponderação e de definição do que está ou não está protegido pelo direito à privacidade do servidor público ou do que é ou não permitido ao Estado fazer no âmbito de seu poder de controle de conduta.

À luz da teoria dos direitos fundamentais enquanto princípios, entendeu-se o controle de conduta, como uma espécie de intervenção estatal que incide sobre o direito à privacidade do servidor público no ambiente laboral público, lembrando que, sendo a relação funcional uma espécie de relação de sujeição especial, é possível que, em seu âmbito, seja conferido um tratamento especial à liberdade e aos direitos fundamentais do servidor público, de forma a adequá-los aos fins típicos da relação funcional.

E, ainda que se reconheça que, *a priori*, não há maior dessemelhança no âmbito de proteção *prima facie* do direito à privacidade do empregado na relação laboral privada e do servidor público na relação laboral pública bem como que a fundamentação do poder de controle do empregador privado e do Estado empregador partem de uma base comum, existem diversos elementos que aumentam o peso do controle de conduta na relação funcional, quando comparado com o controle empregatício na relação privada, quais sejam: (i) o fato de o controle de conduta ser um poder-dever da autoridade; (ii) o fato de o controle de conduta se justificar na tutela do interesse público; (iii) o fato de o controle de conduta ter como um de seus fundamentos o dever de boa administração; (iv) o fato de o controle de conduta servir como instrumento de reforço da procedimentalização administrativa; (v) o fato de o controle de conduta, submetido à necessária transparência, funcionar como instrumento de fortalecimento e de ampliação do controle social; (vi) o fato de se reconhecer ao direito à informação uma *posição preferencial* no processo de ponderação (o que não pressupõe, como visto, uma hierarquização, mas sim uma transferência do ônus argumentativo para aquele que pretende afastá-la, já que, via de regra - por isso se fala de uma posição preferencial - é o direito à informação que deve prevalecer).

11. Nesse sentido, o principal ponto de diferenciação dos cenários público e privado, ao que parece, é o fato de existirem diversos elementos que reforçam o peso e o valor do controle de conduta no âmbito laboral público, de forma que, em um processo de sopesamento, tal controle de conduta adquire, à partida, potencial mais restritivo do direito fundamental à privacidade do que o poder de controle empregatício no âmbito da relação laboral privada. Ou, noutras, palavras: entende-se possível afirmar que, *a priori*, o âmbito de proteção efetivo do direito fundamental à privacidade do servidor público no ambiente laboral público é (*tende a ser*) mais comprimido do que o âmbito de proteção efetivo do direito à privacidade do empregado, na relação de emprego privada.

No entanto, relembre-se, reconhecer isso não dispensa uma análise da situação concreta, com aplicação de todo o procedimento de verificação da legitimidade da eventual

restrição ao direito fundamental do servidor público, inclusive a necessária observância da proporcionalidade da medida restritiva. Isso porque o fato de a relação funcional se qualificar como uma relação de sujeição especial não determina, por si só, tal compressão do âmbito de proteção efetivo do direito fundamental - apenas permite que isso aconteça, funcionando como argumento balizador da análise, de forma a elevar o ônus argumentativo para fazer prevalecer a proteção da privacidade frente à atividade de controle estatal.

12. E, diante destas conclusões, no último capítulo da tese busquei demonstrar, com exemplos práticos, como seria possível conciliar o direito à privacidade dos servidores públicos com um controle de conduta efetivo e atuante, multi-instrumental, capaz de permitir ao Estado se valer de sua posição de vantagem nas suas investigações internas. É claro que tais exemplos nem de longe esgotam as possibilidades que essas reflexões teóricas podem abarcar - nem foi esse o intuito. O objetivo foi realmente demonstrar que, a partir de toda a base teórica anterior, é possível pensar em um controle de conduta que faça mais do que tem feito até então, que tenha mais liberdade para agir, mas que sempre se paute pelo respeito aos direitos fundamentais dos envolvidos (tanto na prevenção quanto nas investigações repressivas), em especial, pela salvaguarda do direito fundamental à privacidade, considerando, especialmente, a conformação do âmbito de proteção efetivo mais comprimido do citado direito fundamental.

Esse é o caminho que construímos para buscar auxiliar o combate à corrupção: ele passa pelo reforço do valor do controle interno estatal, pelo tratamento conjunto de todos os aspectos que enformam o controle de conduta (de forma a fazer do controle administrativo, nesses termos, uma verdadeira ferramenta para auxiliar no combate à corrupção) e pela compatibilização - necessária e possível - entre tal controle e o direito à privacidade e à proteção de dados dos servidores públicos.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, José João. Contrato de trabalho e meios de vigilância da actividade do trabalhador: breves considerações. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003, p. 809 a 818.

ABRANTES, José João. **Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho: em especial, a reserva da intimidade da vida privada (algumas questões)**. Coimbra: Almedina, 2014.

ABREU, Luís Vasconcelos. **Para o estudo do procedimento disciplinar no direito administrativo português vigente: as relações com o processo penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

ADAMY, Pedro. Direitos fundamentais e as relações especiais de sujeição. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, p. 362 a 376, 2018.

AGÊNCIA PARA A MODERNIZAÇÃO ADMINISTRATIVA (PORTUGAL). **Guia dados abertos**. Disponível em: <https://www.ama.gov.pt/documents/24077/24804/guia_dados_abertos_ama.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2019.

AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da intimidade: como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ALBERTON, Marcos Schlickmann. (In)constitucionalidade da análise, sem prévia autorização judicial, de dados existentes em aparelhos celulares apreendidos. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, v. 12, n. 27, p. 53 a 74, 2015.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado in Iberoamerica y Estados Unidos. In: CARPIZO, Jorge; CARBONELL, Miguel; CUEVA, Mario de la (Orgs.). **Derecho a la información y derechos humanos: estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva**. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 3 a 121. (Serie Doctrina jurídica, núm. 37).

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Tradução da 3ª edição italiana. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970. (Tomo I).

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais: introdução geral**. 1ª ed. Caiscais: Príncípia Editora, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALVES, Léo da Silva. **A prova no processo disciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ALVES, Leo da Silva. **Controle da disciplina de funcionários**. jus.com.br. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71987/controle-da-disciplina-de-funcionarios>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

ALVES, Léo da Silva. **Estudos de direito disciplinar**. São Paulo: Livro novo, 2011.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Lições de Direito Administrativo**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 4ª. Coimbra: Almedina, 2010.

ANTONIO, Juliano del. A supremacia do interesse público como supedâneo da consecução do direito administrativo pátrio: uma dicotomia público-privada no direito brasileiro. **Revista Bonijuris**, v. 26, n. 4. 4, p. 33 a 40, ano XXXVI, n. 65.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

ARENDT, Hannah. **A vida do espírito**. Rio de Janeiro: Relume Dumara, 2002.

ARIELY, Dan. **A mais pura verdade sobre a desonestidade: porque mentimos para todo mundo, inclusive para nós mesmos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional**. Trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ARTESE, Gustavo. Privacidade e proteção de dados pessoais: a diluição do consentimento e a responsabilidade demonstrável (accountability). **Revista Fórum de Direito na Economia Comportamental**, v. ano 1, n. 1, p. 141 a 162, 2017.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 171–216.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2013, *ebook*.

BAHIA, Elomar Lobato. **Sindicância investigativa federal no direito brasileiro: uma introdução crítica**. Brasília: Kiron, 2012.

BANDAROVSKY, Bruno Pires, **Compliance risk assessment em 8 passos**, São Paulo: Legal Ethics Compliance (LEC), 2017.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BARRANCO, Noberto J. de La Mata; UBIÑAS, Desirée Barinas. La protección penal de la vida privada en nuestro tiempo social: ¿necesidad de redefinir el objeto de tutela? **Revista de Derecho Penal y Criminología**, n. nº. 11, p. 13 a 92, 2014.

BARRERO, Concepción; GUICHOT, Emilio; HORGUÉ, Concepción. Publicidad activa. *In*: GUICHOT, Emilio (Org.). **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. Madrid: Tecnos, 2014, p. 143 a 198. Disponível em: <<http://cielo.usal.es/Record/Xebook1-3647>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BARRETO, Alesandro Gonçalves; WENDT, Emerson. **Inteligência e investigação criminal em fontes abertas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Sérgio Martins de Oliveira, 2020.

BARROS, Carlos Juliano. **Análise: Na pandemia, home office pode ter virado um BBB e você estar sendo espiado**. economia.uol.com.br. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/colunas/carlos-juliano-barros/2021/03/01/na-pandemia-seu-home-office-pode-ter-virado-um-bbb.htm>>. Acesso em: 26 maio 2021.

BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade na relação de emprego. **Revista LTr - Legislação do Trabalho**, v. 73, n. 1, p. 97 a 103, 2009.

BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. **A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador**. Dissertação de mestrado, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BarrosJA_1.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. vii–xviii.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra**, v. 81, p. 233 a 286, 2005.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: An economic approach. **The economic dimensions of crime**, p. 13–68, 1968.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BOBBIO, Noberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 18º ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONDOSO, Ana Alexandra Pimenta Cabral. **O contributo do controle interno para a prevenção da corrupção: estudo dos municípios portugueses**. Dissertação de mestrado, Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro, Vila Real, 2014.

BONETE, Aurelio Desdentado; RUIZ, Ana Belén Muñoz. **Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo**. Valladolid: Lex Nova, 2012.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *In*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Eds.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

BRITTO, Carlos Ayres. Biografias: entre o certo e o certo. **Justiça & cidadania**, v. n. 161, p. 14–15, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. Reforma administrativa (primeiras impressões). **Revista de Direito Administrativo**, v. 214, p. 69 a 98, 1998.

CABRAL, Rita Amaral. O Direito à intimidade da vida privada (breve reflexão acerca do art. 80º do Código Civil). *In*: **Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha**. Lisboa: [s.n.], 1988.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: S.A. Fabris Editor, 2006.

CAETANO, Marcelo. **Do poder disciplinar no direito administrativo português**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1932.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública**, v. 24, n. 2, 1990. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/9049/8182>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. Constituição e código civil brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas. *In*: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; SANTOS, Márcio Gil Tostes (Orgs.). **Constituição Brasileira de 1988. Reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 132.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4ª. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CARDOZO, Virgínia Fehlberg. **O direito à intimidade da vida privada: o problema do enquadramento jurídico-constitucional das escutas telefônicas em processo penal**. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/handle/10316/41203>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. [s.l.]: Atlas, 2010, p. 67–84.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Antônio Carlos de Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito à privacidade. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**, v. 1, n. 2, p. 51 a 76, 1998.

CARVALHO, Raquel. **Publicidade não é propaganda. É transparência governamental e informação ao cidadão**. Raquel Carvalho. Disponível em: <<http://raquelcarvalho.com.br/2018/11/06/publicidade-nao-e-propaganda-e-transparencia-governamental-e-informacao-ao-cidadao/>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

CASTRO, João Pedro Marques e. **Princípios da boa administração, eficiência e economicidade**. Dissertação de mestrado, Universidade do Minho - Escola de Direito, Minho, 2015. Disponível em: <<https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/41167>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Controle interno da administração pública: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa**. Dissertação de mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007.

CAVALCANTI, Gustavo Henrique de Vasconcellos. Validade jurídica das provas digitais no processo administrativo disciplinar. **Repositório de conhecimento da CGU**, Disponível em: <<https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/31038>>.

CELONE, Cristiano. A configuração inovadora do princípio da boa administração entre privados e autoridades públicas na União Europeia. **Revista de direitos fundamentais democráticos**, v. 22, n. 1, p. 24–45, 2017.

CHAVES, Rodrigo Fernando Machado, **Indicadores patrimoniais de enriquecimento ilícito e o ônus da prova do ato de improbidade administrativa (a investigação patrimonial de Procuradores Federais no controle interno da Procuradoria-Geral Federal)**, Fundação Getúlio Vargas - Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2020.

CHEQUER, Cláudio. A lei de acesso à informação pública e as informações de caráter pessoal de interesse público. **Boletim dos Procuradores da República**, v. 13, n. nº 84, p. 23 a 28, 2013.

COHEN, Jean L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 7, p. 165–203, 2012.

COHEN, Julie E. What privacy is for. **Harvard Law Review**, v. 126, 2013.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - CNPD. Princípios sobre a privacidade no local de trabalho: o tratamento de dados em centrais telefônicas, o controle do e-mail e do acesso à Internet. 2002.

COMITÉ EUROPEU PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679. 2020.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION (COSO) (**Gerenciamento de Riscos na Empresa – Estrutura Integrada: Sumário Executivo e Estrutura e Gerenciamento de Riscos na Empresa**, Jersey City, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**, São Paulo: Companhia Das Letras, 2016, p. 18 e 23.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, **Guia programas de compliance - orientações sobre estruturação e benefícios da adoção de programas de compliance concorrencial**, Brasília, 2016.

CONSELHO DA EUROPA. Guia prático destinado a informar os agentes públicos das obrigações do Estado ao abrigo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. 2015.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, **Guia de integridade pública - Orientações para a administração pública federal: direta, autárquica e fundacional**, Brasília, 2015.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Guia prático de gestão de riscos para a integridade**. Brasília: Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, 2018.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual de processo administrativo disciplinar**. Brasília: [s.n.], 2019. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad.pdf>>.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Prevenção e resolução - conflito de interesses**. Brasília: [s.n.], 2019.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987. (Coleção Teses).

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: a tutela penal do direito à intimidade**. 3a. ed. São Paulo, Brasil: Siciliano Jurídica, 2004.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. Improbidade Administrativa: aspectos materiais e processuais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Improbidade administrativa - 10 anos da Lei nº 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COSTA, José Armando da. **Direito administrativo disciplinar**. São Paulo: Gen : Método, 2009.

COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

COSTA, Nelson Nery. **Processo administrativo e suas espécies**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COUTO, Reinaldo. **Curso prático de processo administrativo disciplinar e sindicância**. São Paulo: Atlas S.A., 2014. Disponível em: <<http://public.eblib.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=4311060>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

CUSSON, Maurice. **Criminologia: só pelo conhecimento se pode evitar a criminalidade**. Trad. Josefina Castro. 2a ed. Cruz Quebrada: Casa das Letras, 2007.

DE CAMARGO, Patrícia Maria Seger; DE OLIVEIRA, Celmar Corrêa. Lei de improbidade administrativa brasileira: mecanismo preventivo à boa administração pública? **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 12, n. 1, p. 41–64, 2017.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DEPARTMENT OF JUSTICE USA, **FCPA: a resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**, 2014.

DE SOUSA, Marcelo Rebelo; DE MATOS, André Salgado. **Direito administrativo geral: introdução e princípios fundamentais**. 3ª ed. Alfragide: D. Quixote, 2010. (Tomo I).

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 2, p. 11–40, 2007.

DEZAN, Sandro Lúcio. **Direito administrativo disciplinar: direito processual**. Curitiba: Juruá, 2013.

DEZAN, Sandro Lúcio. **Fundamentos de direito administrativo disciplinar**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Eds.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 175 a 196.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. [s.l.]: Atlas, 2010, p. 85–102.

DIAS NETA, Vellêda Bivar Soares. Vida privada e intimidade: estrutura, conceito, função e limites na busca da tutela integral da pessoa humana. **Anais do XIX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI)**, p. 8136 a 8156, 2010.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Reforma administrativa: a Emenda nº 19/98. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 11, n. 1, p. 41 a 49, 1999.

DO NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro. Os regulamentos independentes em face da separação de poderes: uma análise à luz da Constituição brasileira e portuguesa. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás**, v. 3, p. 9 a 38, 2012.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 2ª. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda., 2020.

EAVES, David. **The Three Laws of Open Government Data**. eaves.ca. Disponível em: <<https://eaves.ca/2009/09/30/three-law-of-open-government-data/>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

EISENMANN, Charles. O Direito administrativo e o princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 56, n. 0, p. 47–70, 1959.

ESTAVILLO, Juan José Ríos. Informática y su relación con el derecho a la información. *In*: CARPIZO, Jorge; CARBONELL, Miguel; CUEVA, Mario de la (Orgs.). **Derecho a la información y derechos humanos: estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva**. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 183 a 225. (Serie Doctrina jurídica, núm. 37).

EVANGELISTA, Eduardo Rodrigues. Supremacia do interesse público sobre o particular: uma ideia à luz da Teoria Geral do Estado. **Revista Jus Navigandi**, v. ano 17, n. 3311, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22289>>. Acesso em: 10 set. 2017.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3^a. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

FERNANDES, Karen Ilanit Vernier Nunes. **A discricionariedade administrativa face ao princípio da boa administração**. Dissertação de mestrado em Direito - Ciências Jurídico-Administrativas, Faculdade de Direito - Universidade do Porto, Porto, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 151–167, 2009.

FERREIRA, Maria Angelita Nestor. Ética e moralidade na função pública. *In*: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da (Orgs.). **Direito Disciplinário Internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, v. 1, p. 105 a 119.

FIGUEIREDO, Vanuza da Silva; SANTOS, Waldir Jorge Ladeira dos. Transparência e controle social na administração pública. **Temas de Administração Pública**, v. 8, n. 1, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/temasadm/article/view/6327>>.

FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: accountability e política da publicidade. **Lua Nova**, v. n. 84, p. 353 a 364, 2011.

FILGUEIRAS, Fernando. Sociedade civil e accountability societal no controle da corrupção no Brasil. **35º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais - ANPOCS**, 2011.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **A prova no processo administrativo**. Curitiba: Imprensa da Universidade Federal do Paraná, 1973.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. [s.l.]: Atlas, 2010, p. 13–66.

GAROUPA, Nuno. Combinar a economia e o direito: a análise econômica do Direito. **Systemas - Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, v. 1, n. 1, 2009.

GOMES, Carla Amado. Princípio da boa administração: tendência ou clássico? **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 18, n. 73, p. 35–55, 2018.

GONÇALVES, Pedro Costa. Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da “new public governance”. In: **O governo da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2013.

GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. **A primeira fase do exercício do poder disciplinar, à luz da Lei nº 8.112/90 (da ciência dos fatos ao juízo de admissibilidade)**. São Paulo: ADBE, 2014.

GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. **O direito fundamental de acesso à justiça: em especial, as ações previdenciárias sem prévio requerimento administrativo**. São Paulo: LTr, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. Orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679. 2017.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da Administração Pública**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GUICHOT, Emilio. El sentido, el contexto y la tramitación de la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. In: GUICHOT, Emilio (Org.). **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. Madri: Tecnos, 2014, p. 17 a 34. Disponível em: <<http://cielo.usal.es/Record/Xebook1-3647>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

GUICHOT, Emilio. Límites a la transparencia y el acceso a la información. In: GUICHOT, Emilio (Org.). **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. Madri: Tecnos, 2014, p. 97 a 142. Disponível em: <<http://cielo.usal.es/Record/Xebook1-3647>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

GUIMARÃES, Andréa Letícia Carvalho. O e-mail corporativo nas relações de trabalho. **Revista Trabalhista - Direito e Processo**, n. 31, p. 201 a 206, 2009.

GUIMARÃES, Maria Raquel. A tutela da pessoa e da sua personalidade: algumas questões relativas aos direitos à imagem, à reserva da vida privada e à reserva da pessoa íntima ou direito ao carácter. **A tutela geral e especial da personalidade humana**, v. Jurisdição Civil, p. 25 a 35, 2018.

HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Tradução da 20ª edição alemã. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

INGENIEROS, José. **O homem medíocre**. 2ª. São Paulo: Cone Editora, 1913.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA – IBGC, **Gerenciamento de riscos corporativos: evolução em governança e estratégia**, São Paulo: IBGC, 2017.

ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. Interesse público, interesses sociais e parâmetros de prossecução no Estado social e democrático brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)**, v. nº 2, p. 1143 a 1166, 2014.

ISMAIL FILHO, Salomão. Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente. **Revista de Direito Administrativo**, v. 277, n. 3, p. 105 a 137, 2018.

JALVO, Belén Marina. **El régimen disciplinario de los empleados públicos**. Pamplona: Thomson Reuters, 2015.

JÚNIOR, José Cretella. Fundamentos do direito administrativo. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 72, n. 1, p. 299–317, 1977.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª ed. (4ª ed. em ebook). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KLEIN, Rodrigo Hickmann; LUCIANO, Edimara Mezzomo; MACADAR, Marie Anne. Grau de transparência de dados abertos governamentais do site dados.rs.gov.br. **Revista Economia & Gestão**, v. 15, n. 41, p. 256–285, 2015.

KUHN, André; AGRA, Cândido da. **Somos todos criminosos?** Alfragide: Casa das Letras, 2010.

LIMA, Fábio Lucas de Albuquerque. **Elementos de direito administrativo disciplinar: conforme a Lei Federal n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com as alterações da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

LÓPEZ-AYLLON, Sérgio. El derecho a la información como derecho fundamental. *In*: CARPIZO, Jorge; CARBONELL, Miguel; CUEVA, Mario de la (Orgs.). **Derecho a la información y derechos humanos: estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva**. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 157 a 181. (Serie Doctrina jurídica, núm. 37).

MADEIRA, Vinícius de Carvalho. **Lições de processo disciplinar**. Brasília: Fortium, 2008.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. Supremacia do interesse público sobre o privado - uma necessária desconstrução da crítica. **Fórum Administrativo**, v. n. 161, ano 14, p. 9 a 24, 2014.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINS, Vinícius. **Compliance: Leis e Práticas**. Curso de Aperfeiçoamento - N Escola de Gestão. Brasília-DF: [s.n.], 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, v. ano 9, n. 100, 2010.

MARQUES, Tatiana Freire Anjos. Um olhar sobre o direito à privacidade e os serviços baseados em localização (LBS) à luz dos ordenamentos jurídicos Português e Brasileiro. **Ata das I Jornadas Lusófonas de Ciências e Tecnologias de Informação Geográfica**, p. 487–511, 2015.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O controle disciplinar da Magistratura pelo CNJ e o perfil ético do magistrado. **Revista LTr - Legislação do Trabalho**, v. 76, n. nº 03, p. 263 a 294, 2012.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARX, César Augusto. **A CGU e a dualidade do papel do Controle Interno no Brasil**. Dissertação de mestrado em Gestão e Políticas Públicas, Fundação Getúlio Vargas - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, São Paulo, 2015.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Lei nº 8.112/90 interpretada e comentada**. Niterói: Impetus, 2012.

MAURMO, Júlia Gomes Pereira. A distinção conceitual entre privacidade, intimidade, vida privada, honra e imagem. **Revista de Direito Privado**, v. 57, p. 33 a 47, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**, 2a. ed., rev.atualizada e ampliada. São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 1991,

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

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

MENDONÇA, Crystianne da Silva. **Direito fundamental à boa administração e à transparência pública: exigências para o controle social no estado democrático de direito**. Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016.

MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, nº 1, p. 781 a 809, 2019.

MESSA, Ana Flávia. **O princípio da transparência na administração pública brasileira**. Tese de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Manual de Conduta do Agente Público Civil do Poder Executivo Federal**. 1. ed. Brasília: [s.n.], 2020.

MINISTRY OF JUSTICE UK, **The Bribery Act 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing**, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. T. 4: Direitos fundamentais**. 4. ed., rev. e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. (Tomo IV).

MIRANDA, Jorge. Sobre órgãos do Estado, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 206, p. 9 a 42, 1996

MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de A. **Implementando a gestão de riscos no setor público**. Belo Horizonte: Forum, 2017.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 2ª. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Ricardo Quartim. A encruzilhada das comissões de ética no Brasil: da burocracia ao compliance. In: BARATA, Ana Maria Rodrigues; GONTIJO, Danielly Cristina Araújo; PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Orgs.). **Direito Administrativo Disciplinar**. Rio de Janeiro: Editora CEEJ, 2021. (Coleção de Direito Administrativo Sancionador - Instituto de Direito Administrativo Sancionador (IDASAN) – v. 2).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Constitucionalização do direito administrativo. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora - RPGMJF**, v. ano 2, n. 2, p. 13–23, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. n. 214, p. 35 a 53, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Grupo Gen - Editora Forense, 2014. Disponível em: <<http://public.ebib.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=3237985>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: caminhos para a proteção e promoção da pessoa humana**. Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015.

MOREIRA, Teresa Coelho. **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador**. Coimbra: Almedina, 2010. (Teses de doutoramento).

MORÓN, Miguel Sánchez. **Derecho de la función pública**, 11ª ed. Madrid: Tecnos, 2018.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público: Lei nº 13.655/2018**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MOTTA, Fabrício. O paradigma da legalidade e o Direito Administrativo. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Eds.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 197 a 229.

MOTTA, Fabrício. **Publicidade e transparência são conceitos complementares**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/interesse-publico-publicidade-transparencia-sao-conceitos-complementares>>. Acesso em: 17 out. 2018.

MUNDIM, Guilherme Abdallah. **“Apagão das canetas”: gestor público, controle e mídia**. Trabalho Individual de Conclusão apresentado como requisito para a obtenção do título de Mestre em Gestão e Políticas Públicas., Fundação Getúlio Vargas - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, São Paulo, 2020. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28808>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

NEVES, Ana Fernanda. A relação jurídica de função pública e as suas particularidades, *in*: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da (Orgs.), **Direito Disciplinário Internacional**, Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 239 a 256

NEVES, Ana Fernanda. **O direito disciplinar da função pública - vol. I e II**. Tese de doutoramento, Universidade de Lisboa - Faculdade de Direito, Lisboa, 2007.

NEVES, Rita Castanheira. **As ingerências nas comunicações electrónicas em processo penal: natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia. Governança pública e gestão de riscos: transformações no direito administrativo. *In*: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Orgs.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento**. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 327 a 342.

NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. [s.l.]: Atlas, 2010, p. 120–154.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal-Coimbra Editora, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9ª. São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Alberto Augusto; REMÉDIO, Alberto Esteves. Sobre o direito disciplinar da função pública. *In*: **Separata de estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 627 a 665.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Administração Pública brasileira e os 20 anos da Constituição de 1988: momento de predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa administração pública. **Forum administrativo**, v. n. 95, ano 9, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI - GOV 9100). Guia para las normas del control interno del sector público. 2004.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Avaliações da OCDE sobre Governança Pública - Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira: gerenciando riscos por uma Administração Pública mais íntegra. 2011. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/avaliacaointegridadebrasileiraocde.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance**, 2009. Disponível em < <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf>>. Acesso em 28 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **La integridad pública desde una perspectiva conductual - el factor humano como herramienta anticorrupción**. Paris: OECD Publishing, 2018.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Open government: the global context and the way forward. Highlights 2016**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/open-gov-way-forward-highlights.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública. 2017. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. A informação e o massacre dos direitos humanos. **Revista Jurídica Consulex**, v. ano XVI, n. 367, p. 25, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 770, p. 53 a 92, 1999.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Internação compulsória por coronavírus é legítima e constitucional**. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/322216/internacao-compulsoria-por-coronavirus-e-legitima-e-constitucional>>. Acesso em: 27 mar. 2020.

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

OTERO, Paulo. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2016.

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

PEGORARO, Lúcio. ¿Existe un derecho a una buena administración? (Algunas consideraciones sobre el ab(uso) de la palabra “derecho”). *In*: RODRÍGUEZ, Carmen María

Ávila; RODRIGUEZ, Francisco Gutiérrez (Orgs.). **El derecho a una buena administración y la ética pública**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 17 a 41.

PEIXOTO, Erick Lucena Campos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a ressignificação da privacidade. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, v. 16, p. 35 a 56, 2018.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. A supremacia do interesse público sobre o interesse privado: superação ou releitura. **Revista CEJ**, v. n. 65, ano XIX, p. 32–37, 2015.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. As restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 603 a 657

PEREIRA, Romilson Rodrigues. Governança no Setor Público – origem, teorias, modalidades e aplicações. **Revista do TCU**, v. n. 122, p. 120 a 131, 2011.

PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Tese de doutoramento, Faculdade de Direito - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.ul.pt/handle/10451/7407>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINTO, Mónica. Libertad de expresión y derecho a la información como derechos humanos. *In*: **Estudios Básicos de Derechos Humanos X**. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000. (IIDH Serie Estudios de Derechos Humanos, Tomo X).

PINTO, Paulo Mota. A protecção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional. **Jurisprudência Constitucional**, n. nº 10, p. 13 a 28, 2006.

PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro. **Juris Plenum**, v. nº. 95, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIRES, Lucas de Almendra Freitas. **Direito à privacidade no âmbito da sociedade da informação: reflexões em torno da questão nos inícios do século XXI**. Dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/handle/10316/34844>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. A função pública em sentido orgânico ou subjetivo no Brasil e a consequente dimensão de eficácia do regime jurídico-administrativo. *In*: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da (Orgs.). **Direito Disciplinário Internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, v. 1, p. 257 a 269.

PISCITELLI, Rui Magalhães. A evolução do Estado através da história dos direitos fundamentais, o novo direito administrativo e o regime de contratações públicas brasileiro - RDC. **Revista Eletrônica do TCE-RS**, v. 1, n. 1, p. 46 a 91, 2014.

POSSAMAI, Ana Júlia; DE SOUZA, Vitoria Gonzatti. Transparência e dados abertos no governo federal: possibilidades e desafios a partir da lei de acesso à informação. **Anais do**

Encontro Nacional de Ensino e Pesquisa do Campo de Políticas Públicas, v. 2, n. 2, p. 688 a 715, 2017. (Democracia e Direitos).

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA; CÂMARA DA REFORMA DO ESTADO; MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO. Plano diretor da reforma do aparelho do Estado. 1995. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>>.

PROSSER, William L. Privacy. **California Law Review**, v. 48, n. 3, p. 383–423, 1960.

PROSSER, William L. **Handbook of the law of torts**. St. Paul: West Publishing Co., 1941.

QUADROS, Fausto de. As principais inovações do projeto do CPA. **Cadernos de Justiça Administrativa**, n. 100, p. 100 a 128, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, *ebook*.

RAMOS, Rui Manuel Moura. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Alguns Aspectos. In: RIQUEIRO, Ana Luisa; VENTURA, Catarina Sampaio; VIEIRA DE ANDRADE, J. C.; *et al* (Orgs.). **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, Corpus Iuris Gentium Conimbrigae 2**. Faculdade de Direito de Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

RANGEL, Ronaldo; TONON, Daniel Henrique Paiva. A Teoria Econômica do Crime e a Teoria da Complexidade: as bases para um ensaio sobre a natureza da corrupção no Brasil. **Revista de Estudos Sociais**, 2017.

RIBEIRO FILHO, Helso do Carmo; ANTONY FILHO, Flávio Cordeiro. Direito à informação e privacidade do servidor público. **Revista Jurídica Consulex**, v. ano XVI, n. 381, p. 54–55, 2012.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. [s.l.]: Atlas, 2010, p. 103–119.

RICHARDS, Neil M.; SOLOVE, Daniel J. Prosser's privacy law: a mixed legacy. **California Law Review**, v. 98, p. 1887–1924, 2010.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Joaquim Freita. Direito pós-moderno, patologias normativas e protecção da confiança. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, ano II, p. 383 e ss., 2010.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. ano 10, n. 40, p. 117 a 149, 2010.

ROMERO COLOMA, Aurelia María. **Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: honor, intimidad y presunción de inocencia**. 1. ed. Madrid, España: Civitas, 2000. (Cuadernos Civitas).

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**. Second edition. New York, NY: Cambridge University Press, 2016.

SAID, José Luis. Corrupción Administrativa, Democracia y Derechos Humanos. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Orgs.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 253–261.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. O direito à boa administração como motor de reforma da legislação de contratação pública (a experiência portuguesa). **Interesse Público–IP**, v. ano 18, n. 99, p. 119 a 133, 2016.

SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. **A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro: um estudo sobre os limites na obtenção e no pelo empregador da informação relativa ao empregado**. São Paulo: LTr, 2014.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Principios de derecho administrativo general I**. 1. ed., reimpr. Madrid: Iustel, 2006. (Manuales).

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7ª. São Paulo, SP, Brasil: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. Direito à informação e direito de acesso à informação como direitos fundamentais na Constituição brasileira. **Revista da AGU**, v. ano XIII, n. 42, p. 09 a 38, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Administração Pública e os direitos fundamentais. *In*: **Aula proferida na Escola da Magistratura do TRF-4ª Região, Curso Permanente, Módulo II, Direito Administrativo [on line]**. [s.l.: s.n.], 2017, p. 1 a 7. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangсарlet.pdf>.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; *et al* (Eds.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva / Almedina, 2013, p. 183 a 212.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. *In*: **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 97–143.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses**

públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 217 a 242.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional - construindo uma nova dogmática jurídica.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999.

SEER, Roman. Proteção de dados e tributação na Alemanha: repercussões do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 22, n. 126, p. 20 a 47, 2020.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, Clarissa Sampaio. O Direito Fundamental à Boa Administração: da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia às perspectivas de sua efetivação e controle nas ordens constitucionais de Portugal e Espanha - desenvolvimentos comparativos na realidade brasileira. **Sequência (Florianópolis)**, v. n. 82, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2019v41n82p176>>.

SILVA, Maria Paula Almada; DOMINGUEZ, Maria. Etransparência e dados abertos governamentais: O ambiente digital como lócus dos avanços do governo brasileiro nas políticas, leis e parcerias internacionais. **Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação Política - Compolítica**, 2017. Disponível em: <www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2017/05/Almada_Dominguez_ETRANSPARÊNCIA-E-DADOS-ABERTOS-GOVERNAMENTAIS.pdf>.

SILVA, Matheus Passos. A cidadania ativa como mecanismo de combate à corrupção. *In*: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VICTOR, Sérgio Antonio Ferreira (Orgs.). **Estado de Direito, direitos fundamentais e combate à corrupção – interfaces Portugal/Brasil.** Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2015, p. 9 a 36.

SILVA, Pedro Cruz. Uma análise (também crítica) do “novo” princípio da boa administração no projecto de revisão do Código de Procedimento Administrativo. *In*: **Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho - vol. II. Ética e Direito.** Minho: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2013, p. 125 a 136. Disponível em: <https://issuu.com/eduminho/docs/final_anu_rio_2013_etica_e_direito>.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros Ed., 2010.

SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. **Ética empresarial na prática: soluções para gestão e governança no século XXI.** Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado.** São Paulo: Editora LTr, 2000.

SIRAQUE, Vanderlei. **O controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988.** Dissertação de mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. **Interesse público, legalidade e mérito.** Coimbra: Livraria Petrony, 1955.

SOLOVE, Daniel J. A taxonomy of privacy. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 164, n. 3, p. 477 a 560, 2006.

SOLOVE, Daniel J. Conceptualizing privacy. **California Law Review**, v. 90, p. 1088 a 1156, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STEINMETZ, Wilson. Comentário ao art. 5º, XIV. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; *et al* (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 300 a 302.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TAVARES, André Ramos. Comentário ao art. 5º, XXXIII. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; *et al* (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 348 a 350.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos de personalidade. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, v. nº 3, 2002.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Orgs.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e sua repercussão no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: como tomar as melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2008.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **Discrecionalidade administrativa: ação de improbidade & controle principiológico**. 2ª. Curitiba: Juruá, 2009.

UNITED NATIONS. **Guide on Lessons for Open Government Data Action Planning for Sustainable Development**. New York: United Nations Publication, 2017. Disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/capacity-development/2018/01/11/guide-on-lessons-for-open-government-data-action-planning-for-sustainable-development/>>.

VALE, André Rufino do. 50 anos do caso Lüth. **Ciência Jurídica em Foco - Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)**, v. 1, n. 274, 2008. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cienciajuridica/article/view/724>>. Acesso em: 14 out. 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa**. Tese de pós doutoramento em Administração, Fundação Getúlio Vargas - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Rio de Janeiro, 2010.

VASCONCELOS, Pedro de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, v. V, n. nº 5, 1890.

WEINSCHENKER, Marina Santoro Franco. **A vida laboral e extralaboral do empregado: a**

privacidade no contexto das novas tecnologias e dos direitos fundamentais. São Paulo, SP, Brasil: LTr, 2013.

WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na administração pública. **Revista de Direito Público - Instituto Brasiliense de Direito Público**, v. n. 18, p. 31–53, 2007.

ZENKNER, Marcelo. Quem são os destinatários de um sistema de integridade? Disponível em: <<https://www.fabiomedinaosorio.com.br/marcelo-zenkner-quem-sao-os-destinatarios-de-um-sistema-de-integridade/>>.

ZOCKUN, Carolina Zancaner, Sujeição especial e regime jurídico da função pública no Estado de Direito Democrático e Social, *in*: CELY, Martha Lucia Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da (Orgs.), **Direito disciplinário internacional**, Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 272 a 283.

ZOCKUN, Maurício. Limites dos conflitos de interesses. Belo Horizonte: 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IBLIJDqF8pc>>. Acesso em: 2 out. 2020.