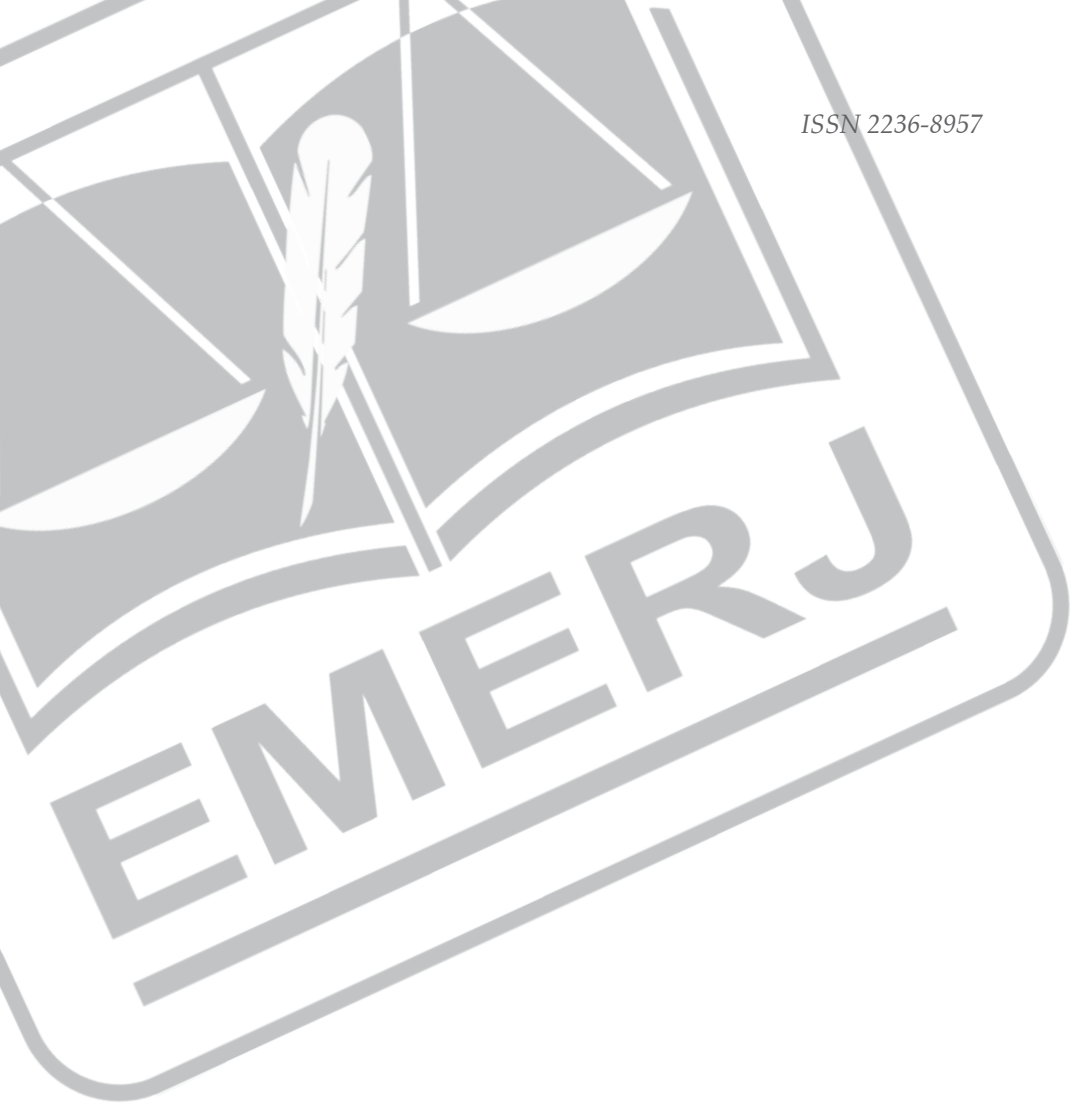


ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Janeiro/Março
V. 23 - n. 1 - Ano 2021

Rio de Janeiro

Atos Administrativos Discricionários e a Lamentável Realidade Frente ao Coronavírus

Débora Maliki

Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito no Programa de Mestrado Profissional (PPGJA) da Universidade Federal Fluminense-UFF (2020). Tutora e conteudista da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) em Direito Administrativo. Atualmente é Juíza Federal Titular convocada à COJEF (Coordenadoria dos Juizados Especiais Federais) do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

RESUMO: Este estudo busca realizar uma necessária reflexão sobre os limites para o correto exercício do poder administrativo discricionário, que é um atributo de toda autoridade quando do exercício da função administrativa. No momento atual de crise, em que se impõem compras sem licitação, inversão da ordem dos certames e utilização de procedimentos simplificados, infelizmente vêm à tona atos praticados de forma ilícita e ilegítima, os quais são imperdoáveis sob o ponto de vista da ética e da moral. Nesse sentido, nossa contribuição consiste em realizar uma análise prospectiva acerca de como pode ser a melhor atuação da Administração nos casos concretos, assim como sobre a revisão dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Uma recente alteração legislativa modificou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/1942), tornando obrigatórias a análise dos casos concretos e a correspondente fundamentação quando da realização do ato administrativo, dando

mais ênfase ao presente artigo e ao que se espera do exercício regular do poder discricionário.

ABSTRACT: This study seeks to carry out the necessary reflection on the limits for the correct exercise of discretionary administrative power, which is an attribute of all authorities when exercising administrative function. In the current moment of crisis, when purchases without bidding, reversal of orders and use of simplified procedures are required, unfortunately, unlawful and illegitimate acts are brought to light, and they are unforgivable from the point of view of ethics and morals. In this sense, our contribution consists of conducting a prospective analysis on how the best performance of the Administration should be in specific cases, as well as on the review of administrative acts by the Judiciary. A recent legislative change modified the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (Decree-Law No. 4,657/1942), making both the analysis of specific cases and the corresponding reasoning when carrying out the administrative act mandatory, giving more emphasis to this article and to what is expected from the regular exercise of discretionary power.

PALAVRAS-CHAVE: Ato discricionário administrativo. Poder Judiciário. Exercício regular. Poder discricionário. Coronavírus.

KEYWORDS: Administrative discretionary act. Judiciary. Regular exercise. Discretionary power. Coronavirus.

INTRODUÇÃO

Mais uma lamentável operação está acontecendo no Rio de Janeiro, chamada de “Mercadores do caos”, buscando investigar desvios na compra de respiradores ou ventiladores pulmonares. Segundo averiguado, ocorreu entrega de dinheiro antecipada e, à primeira vista, ficou constatada a falta de *expertise* da empresa contratada (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2020, s/p).

Em Santa Catarina, por sua vez, uma força-tarefa cumpre mandado em operação que investiga a compra de respiradores pelo governo catarinense (SECRETÁRIO..., 2020, s/p).

E, em São Paulo, após a investigação do Ministério Público, o Tribunal de Contas também investiga o governo paulista pela compra de respiradores por R\$ 550 milhões (GUEDES, 2020, s/p).

Nos últimos dias, têm sido divulgados escândalos sem fim envolvendo a compra de equipamentos para ajudar no tratamento da COVID-19, em decorrência da pandemia do novo coronavírus, seja no sobrepreço, seja na falta de entrega, ou mesmo com empresas inexistentes ou sem *expertise* sendo contratadas para suprirem a necessidade de compra de material com recurso público.

É importante esclarecer que a questão que se coloca neste estudo não é filosófica ou ética, envolvendo apenas valores morais, porque, na medida em que lidamos com verbas públicas, o administrador está cumprindo o seu *múnus público* e age em nome da população.

O Direito, que inicialmente surgiu junto com a moral, foi se distanciando ao longo dos anos e se tornando um ramo completamente destacado. Então, independentemente da moral interna de cada um, tais comportamentos são rechaçados de maneira veemente pelo ordenamento jurídico.

É necessário considerar que o Direito não é um conjunto de valores subjetivos e/ou religiosos que pautam a vida em sociedade, mas sim um conjunto de regras cogentes que precisam ser obedecidas e legitimam o Estado Democrático de Direito.

Condutas reprováveis são mais do que um fenômeno social que expressa o pior do ser humano. Elas são juridicamente reprováveis em várias esferas, seja na administrativa, no âmbito da Administração Pública, seja por meio de ações cíveis e criminais (improbidade, crime contra a saúde pública, lavagem de dinheiro etc.). Esses mecanismos jurídicos surgem em consequência de um agir em dissonância com a juridicidade que se espera dos atos administrativos discricionários.

Aqui, não se exige moral do ponto de vista de valores abstratos, subjetivos. Nossa ótica é uma visão científica, jurídica, do que tem acontecido nos dias de hoje, a fim de entender como podemos, de certa forma, reagir a toda essa realidade, porque

ações criminais e de improbidade administrativa vêm a reboque dos acontecimentos fáticos.

OS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS NOS TEMPOS DA COVID-19

É certo que a pandemia do novo coronavírus pegou a todos de surpresa, paralisando praticamente todas as atividades e impondo o isolamento social, permitindo apenas a execução de serviços essenciais. Assim, praticamente da noite para o dia tivemos que nos adaptar a novas realidades.

O mesmo aconteceu com a Administração Pública, que age com base no princípio da legalidade estrita, tendo que obedecer à Lei de Licitações, e foi empreendida a realizar compras urgentes sem a necessidade desse procedimento administrativo e invertendo a ordem do certame para a aquisição de materiais para a área da saúde.

Por mais que tenhamos essas exceções legais para momentos de crise, a atuação administrativa, mais do que nunca, deve ponderar valores no caso concreto, estabelecer critérios de prioridade e fundamentar a sua decisão. O que caracteriza um Estado moderno é a sua desburocratização, com ações rápidas. E quando essa medida é certa, temos, seguramente, uma boa gestão.

É válido notar que o ato discricionário, longe de configurar arbitrariedade, necessita de bases sólidas e escolhas fundamentadas. As decisões administrativas e, em especial, os atos administrativos discricionários trazem, em seu bojo, uma escolha. E as escolhas são sempre vinculadas a um ganho e a uma perda necessariamente.

A decisão é objeto de uma escolha que não envolve subjetividade do administrador no seu agir, mas engloba vários critérios para pautar as decisões. Faz-se necessária uma atuação razoável e proporcional, e, desse modo, deve-se buscar atingir, nos casos concretos, a eficiência, a eficácia e a efetividade dos atos administrativos. Portanto, é imprescindível uma atuação com responsividade.

A forma de agir do administrador deve ser lícita, legítima, revestindo o ato de juridicidade e de transparência, além de critérios técnicos. As escolhas devem ser fundamentadas em todos os aspectos, de forma a legitimar o ato administrativo, ainda que em situações extremas e adversas, como as que envolvem decisões nos tempos da COVID-19.

Na verdade, o simples fato de haver conceitos imprecisos ou fluidos na norma indica limites que o administrador deve observar. Quando ocorre a atuação no caso concreto, é obrigatória a obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da razoabilidade, dentre outros, devendo o ato estar pautado no “poder-dever” da atividade gestora dos interesses difusos coletivos (CAMPOS, 2005, s/p).

Nesse sentido, assim determina o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (Decreto-Lei n.º 4.657/1942) em sua nova redação, dada pela Lei n.º 13.655/2018: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Assim, a escolha do administrador deve ser concreta e estar pautada, sobretudo, em ponderações quanto à medida e à forma com que essa escolha comprometerá os recursos. Nota-se que a invalidação poderá ocorrer no âmbito administrativo ou judicial, bem como que a decisão deverá descrever a forma de resolução do caso, a qual deverá ser proporcional ao dano.

Ainda, vale acrescentar que o Decreto n.º 9.830/2019, também regulamentando a LINDB, prescreve, em seu artigo 3º, que a decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no artigo 2º (“A decisão será motivada com a contextualização dos fatos quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos”) e as consequências práticas da decisão. A motivação considerará as condições e o tempo necessário para o cumprimento proporcional, equânime e eficiente do novo dever ou do novo condicionamento de direito, bem como os eventuais prejuízos aos interesses gerais.

Portanto, o dever de motivar, além de ser decorrente da interpretação sistemática constitucional e dos regramentos normativos, é uma imposição apta a garantir o Estado Democrático de Direito.

Cabe observar que já existem parâmetros que podem auxiliar na gestão da boa administração. A boa governança refere-se ao desempenho do Estado, em termos de eficácia na oferta de seus serviços, eficiência na gestão de suas instituições, rigor orçamentário e descentralização administrativa.

Nesse contexto, entende-se a governança como uma nova geração de reformas administrativas e de Estado, as quais objetivam uma solução inovadora para os problemas sociais, bem como criam possibilidades e chances para o desenvolvimento de um futuro sustentável a todos os participantes (KISSLER; HEIDEMANN, 2006, p. 482).

Todas essas noções devem ser consideradas quando o Estado age buscando realizar o interesse público, ou seja, quando exterioriza a sua vontade por meio de atos administrativos. Esse é um limite, uma forma de exercício regular das escolhas administrativas.

Assim, resta absolutamente claro que a Administração deve ter uma boa governança pública quando agir. Contudo, ocorre que, na maior parte das vezes, o administrador não fundamenta as suas escolhas – ou pior, utiliza-se de opções que se verificam ilegítimas posteriormente. Nesse caso, se a própria Administração não faz a análise do ato, invalidando-o, compete ao Poder Judiciário realizar a sua verificação.

Ao Poder Judiciário, cabe o controle da juridicidade com relação aos atos administrativos, vinculados ou discricionários, assim como aos atos políticos ou de governo, podendo, na omissão, manifestar-se sobre a ilicitude do silêncio, mas não lhe compete a usurpação do agente público (CARVALHO, 2004, p. 153).

Cumprido considerar que, no Brasil, existe a possibilidade de controle da escolha dos atos administrativos, mormente agora, com a exigência legal de fundamentação para as escolhas. Em uma visão prospectiva, as escolhas deveriam ser baseadas em

critérios objetivos, e, em razão disso e da fundamentação, seria possível ao Poder Judiciário realizar a análise de toda a matéria, inclusive resolvendo a questão, e não apenas invalidando o ato.

Desse modo, atuando *in concreto*, com fundamentação, é permitido ao Poder Judiciário analisar se aquele determinado ato administrativo foi regularmente exercido, uma vez que a Constituição Federal de 1988 determina que nenhuma lesão ou ameaça de direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

É notório que a Administração Pública precisa enxergar todos os grupos sociais e a melhor forma de atingir o interesse público em seus atos. Existindo responsabilidade estatal, deve agir sempre com eficiência, efetividade e eficácia.

Assim sendo, não basta realizar parcerias privadas ou fomentar determinado setor, é preciso buscar a melhor forma de atuação estatal.

E, ainda, mostra-se evidente que, quando do uso do poder discricionário, resolvendo a ponderação de valores constitucionais no caso concreto e fundamentando os atos com critérios de boa administração, eficácia, eficiência, efetividade, dentre outros, evitar-se-iam, seguramente, muitos desses escândalos investigados pelas forças-tarefa que estão ocorrendo em vários estados, como noticiado pela mídia, com escolhas, além de lícitas, legítimas.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, Alinaldo Guedes. Discricionariedade administrativa: limites e controle jurisdicional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 645, 14 abr. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6587>. Acesso em: 5 maio 2020.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. O dever de motivar e o controle da Administração Pública. **Revista do Curso de Direito**, Nova Lima, v. 4, p. 141-153 2004. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-izabela/index.php/dih/article/view/127/117>. Acesso em: 6 maio 2020.

GUEDES, Philipe. Após MP, Tribunal de Contas também investiga governo de SP por compra de respiradores por R\$ 550 milhões. **Portal G1**, São Paulo, 5 maio 2020. Disponível: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/05/05/apos-mp-tribunal-de-contas-tambem-investiga-governo-de-sp-por-compra-de-respiradores-a-r-550-milhoes.ghtml>. Acesso em: 9 maio 2020.

KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, p. 479-499, maio/jun. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000300008. Acesso em: 6 maio. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **MPRJ instaura inquérito civil para apurar contrato de compra de respiradores pela Secretaria de Estado de Saúde**. Rio de Janeiro, 15 abr. 2020. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/84627>. Acesso em: 9 maio 2020.

SECRETÁRIO da Casa Civil de SC é ouvido em investigação sobre compra de respiradores. **Portal G1**, Florianópolis, 9 maio 2020. Disponível: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2020/05/09/forca-tarefa-cumpre-mandados-em-operacao-que-investiga-compra-de-ventiladores-pelo-governo-de-sc.ghtml>. Acesso em: 9 maio 2020.