

## DIREITO ADMINISTRATIVO E O ESTADO SUSTENTÁVEL

Juarez Freitas<sup>1</sup>

**RESUMO:** A partir da constatação de que o Estado-Administração permanece pouco eficiente e eficaz em matéria de controle preventivo dos danos sociais, econômicos e ambientais, o presente estudo busca demonstrar a necessidade de implantação de um novo ciclo na gestão pública brasileira, de maneira a adicionar às políticas públicas a avaliação sistemática dos custos e benefícios líquidos, diretos e indiretos, assim como do custo-efetividade, compreendida a sustentabilidade, ao lado da dignidade, como valor supremo e princípio de estatura constitucional. Com base em revisão bibliográfica especializada e com adoção do método dedutivo, a presente pesquisa sustenta que a implantação deste novo ciclo na gestão pública brasileira, capaz de reorientar o Direito Administrativo, fundamente-se na hierarquização tópico-sistemática das prioridades, inclusive em obséquio ao equilíbrio ecológico como indisponível limitação à atividade econômica.

**Palavras-chave:** Sustentabilidade; Eficiência Administrativa; Gestão Pública.

**ABSTRACT:** Based on the observation that the State Administration remains poorly efficient and effective in the approach of preventive control of social, economic and environmental damage, this study seeks to demonstrate the need for deploying a new cycle in the Brazilian public management, adding to public policies, systematic assessment of net costs and benefits, direct and indirect, as well as cost-effectiveness, sustainability understood, the side of dignity as a supreme value and principle of constitutional stature. Based on literature review and adoption of deductive method, this research argues that the deployment of this new cycle in the Brazilian public management, it is capable to reorient the administrative law, it justified in topic-systematic hierarchy of priorities, including in allegiance to ecological balance as unavailable limitation to the economic activity.

**Keywords:** Sustainability; Administrative Efficiency; Public Management.

## INTRODUÇÃO

No quadro das relações administrativas,<sup>2</sup> incontestável a premência de mudanças de peso, não apenas adaptação estilística aos novos tempos. Sem dúvida, o Estado-Administração, em matéria de controle preventivo dos danos sociais, econômicos e ambientais, permanece pouco eficiente e eficaz em questões nevrálgicas. Para modificar o panorama, cumpre generalizar os procedimentos estatais sustentáveis, não apenas as licitações, como determina o art. 3º da Lei nº 8.666/93, com redação dada pela Lei nº 12.349/2010.<sup>3</sup>

1 Prof. Titular do Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Prof. Associado da UFRGS, Pres. do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público, Advogado, Parecerista.

2 Para aprofundar, *vide* Juarez Freitas, in *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5a. ed., SP: Malheiros, 2013. *Vide*, também, Juarez Freitas, in *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, 3ª ed., SP: Malheiros, 2014.

3 *Vide*, a propósito da obrigatoriedade de licitações sustentáveis, no caso da Administração Federal, a Ins-

É imprescindível ousar mais. O novo ciclo, na gestão pública brasileira, terá que enfrentar barreiras<sup>4</sup> culturais e dissonâncias cognitivas, porque se mostra crucial adicionar às políticas públicas a avaliação sistemática dos custos e benefícios líquidos, diretos e indiretos, assim como do custo-efetividade, compreendida a sustentabilidade, ao lado da dignidade,<sup>5</sup> como valor supremo e princípio de estatura constitucional.

Com efeito, impositivo trocar pressuposições equivocadas, para além das transformações conhecidas.<sup>6</sup> Assim, em lugar da crença no Direito Administrativo baseado numa suposta (e, na realidade, seletiva e frouxa) obediência às regras legais, o novo modelo abraça a eficácia sistêmica e intertemporal da normatividade, com pleno reconhecimento da titularidade dos direitos fundamentais de gerações presentes e futuras.

Naturalmente, importa fazê-lo mediante fundamentada hierarquização tópicosistemática das prioridades, inclusive em obséquio ao equilíbrio ecológico como indisponível limitação à atividade econômica.<sup>7</sup> Com esse espírito, tendo em mente o futuro ameaçado,<sup>8</sup> serão arrolados os aspectos-chave dessa preconizada reorientação do Direito Administrativo.

## SUSTENTABILIDADE NAS RELAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Desde logo, enfatize-se que há, pelo menos, dois grandes modelos em conflito (fenômeno que, para não fugir à regra, também se verifica na seara do Direito Administrativo, com refrações paradoxais). O modelo antiquado - o do irracionalismo ou da calculabilidade que não leva em conta efeitos colaterais e externalidades sociais, ambientais e econômicas das políticas públicas -, fia-se nos poderes erráticos da discricionariedade. Insufla (e não enfrenta) a informação assimétrica, a lógica adversarial “erística” e os poderes dominantes de mercado. Nada faz para resolver - e às vezes agrava - os problemas da iniquidade e do risco moral.<sup>9</sup>

Já o modelo da sustentabilidade procede ao contrário e se pauta por uma

trução Normativa nº 1, de 19 de janeiro de 2010, do Secretário de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, segundo a qual, no seu art. 1º, a “aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas”.

4 Não há como não concordar, no ponto, com Mark Mawhinney, in *Desenvolvimento sustentável: uma introdução ao debate ecológico*. São Paulo: Loyola, 2005, p. 197-198, ao salientar que o “tema do desenvolvimento sustentável precisa de uma abordagem transdisciplinar mais eficiente e de uma conscientização da existência de barreiras psicológicas associadas a ele, de um gerenciamento de mudanças mais eficiente, especialmente em situações complexas e do uso mais disseminado de instrumentos de futuridade eficientes para ajudar ao gerenciamento de mudanças”.

5 *Vide*, sobre a dignidade como valor fundamental convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, Luís Roberto Barroso, in *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 10, n. 12, p. 86-137, nov. 2011.

6 *Vide* STF. ADI nº 3.540-MC, Pleno. Rel. Min. Celso de Mello.

7 *Vide* STF. ADI nº 3.540-MC, Pleno. Rel. Min. Celso de Mello.

8 *Vide*, sobre o futuro ameaçado, o documento, produzido em 1987 pela Comissão Brundtland, *Nosso Futuro Comum*, Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio: FGV. 1991, especialmente p. 29-45.

9 *Vide, sobre seleção adversa*, Frederic S. Mishkin, In: *Moeda, bancos e mercados financeiros*. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2000, p.124-125.

racionalidade dialógica, pluralista, natural e prospectiva. Consagra inovadora era<sup>10</sup> do planejamento acoplado às exigências de fundamentação (de fato e de direito) do processo decisório, com responsabilidade integral pelo ciclo de vida de bens e serviços. Não serve ao “status quo” plutocrático, pois requer políticas propiciatórias à universalização do bem-estar (material e imaterial), com regulação protetiva contra disfunções de mercado e governo.

Na concorrência entre ambos os modelos, observa-se a reprodução do vetusto jogo da vista curta versus o discernimento de longo prazo e da visão separatista versus a ótica sistêmica. Impõe-se a escolha do modelo da sustentabilidade sistêmica, sinérgica e abolicionista de arcaicos grilhões regressivos.

Argumenta-se, aqui, a favor da transição para relações administrativas sustentáveis<sup>11</sup>, sobre modo com o desiderato de concretizar objetivos fundamentais do Estado Constitucional há muito postergados, designadamente equidade intergeracional, segurança e qualidade de vida. Quer dizer, almeja-se uma gestão pública sob o influxo do direito fundamental à boa administração pública e do princípio da sustentabilidade (seja na esfera doutrinária, seja na vida real), no intuito de fazê-la eficiente e eficaz no induzimento do bem-estar multidimensional.

Ou seja, impõe-se viabilizar a tutela incisiva do direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, sustentabilidade, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. Tutela que, em várias hipóteses - como no dever de manter o ar respirável ou na interdição de produtos letais - <sup>12</sup>faz a diferença entre a vida e a sua completa negação.

Colima-se, por outras palavras, uma robusta constitucionalização das relações administrativas, no encaço daquele tipo de desenvolvimento que se harmoniza com os arts. 3º, 170, VI e 225, da Carta. Constitucionalização apta a enfrentar a gigantesca falta de proximidade, quase abismo, entre o plano dos princípios constitucionais e o mundo dos fatos.

Em resumo, o novo Direito Administrativo promove, finalisticamente, o desenvolvimento sustentável, com ferramentas<sup>13</sup>voltadas à agregação de benefícios líquidos de longo prazo. O que pressupõe efetivo controle intertemporal e checklist rigoroso,<sup>14</sup> na implementação das políticas constitucionalizadas.

---

10 Vide, sobre novos modelos de inovação, Peter Lacey e outros In: A New Era of Sustainability. United Nations, 2010, p.43.

11 Vide Sustainable Development: The Challenge of Transition. Jürgen Schmandt, C.H. Ward e Marilu Hastings (Eds.), New York: Cambridge University Press, 2000.

12 Vide, sobre o tema da poluição com elementos letais, Rachel Carson, In: *Silent Spring*. 40th anniversary ed. Boston: Mariner Books, 2002.

13 Vide, sobre a necessidade de adaptar ferramentas, Cláudio F. Ruviaro *et al.*, in Life Cycle Assessment in Brazilian Agriculture Facing Worldwide Trends. *Journal of Cleaner Production*, v. 28, p. 9-24, June 2012.

14 Vide, para um *checklist* de controle da qualidade decisória, a contribuição importante de Daniel Kahneman, Dan Lovallo e Olivier Sibony, In: Before You Make That Big Decision... *Harvard Business Review*, v. 89, n. 6, p. 51-60, June 2011: “1. Is there any reason to suspect motivated errors, or errors driven by the self-interest of the recommending team?; 2. Have the people making the recommendation fallen in love with it?; 3. Were there dissenting opinions within the recommending team?; 4. Could the diagnosis of the situation be overly influenced by salient analogies?; 5. Have credible alternatives been considered?; 6. If you had to make this decision again in a year, what information would you want, and can you get more of it now?; 7. Do you know

Por certo, tal ressignificação do Direito Administrativo acarreta a troca de várias pré-compreensões. Determina que a finalidade pública passe a ser o desenvolvimento sustentável, com todos os consectários: torna-se mandatário, nas relações administrativas, favorecer, ao mesmo tempo, o bem-estar das gerações presentes e futuras. Fora disso, cristalizar-se-á desvio de finalidade. Nessa medida, a sustentabilidade terá de incidir, nas relações de administração, entrelaçada com os demais princípios de regência, uma vez que, sob a perspectiva teleológica do desenvolvimento sustentável:

(a) não consulta o bem geral nada que inviabilize os valores materiais e pós-materialistas,<sup>15</sup> encapsulados na Carta. Assim, para ilustrar, as instituições financeiras devem ser reguladas de modo a implementarem política de responsabilidade socioambiental.<sup>16</sup>

(b) o princípio da proporcionalidade determina vedação de danos intra e intergeracionais, causados por omissões ou abusividades. Isto é, interdita condutas e programas governamentais que demonstrem arbitrariedade por ação ou omissão<sup>17</sup>.

(c) o princípio da legalidade resulta nuançado pelo sopesamento dos efeitos da norma no tempo longo, sob pena de irracionalismo em nome (falso) da coercibilidade jurídica das regras injustas. Ressurge como determinação modulada (mais do que como subsunção acrítica de regras legais). De fato, inadmissível que a crença na onipotência das regras (ecos da Escola da Exegese e do pensamento clássico) negue a constitucionalização inequívoca dos direitos fundamentais das gerações presentes e futuras (imediatamente aplicáveis).

(d) o princípio da imparcialidade implica recusa firme das capturas que atrelam decisões administrativas a objetivos tendenciosos,<sup>18</sup> dado que veda qualquer discriminação negativa e gera, concomitantemente, o dever de frear, ou de trocar, automatismos e vieses que provocam o retrocesso socioambiental.

(e) o princípio da moralidade não se coaduna com a universalização das máximas de conduta que levem ao perecimento dos liames solidários entre as gerações. Nesse ponto, a moralidade ganha horizontes e deixa de ser estritamente antropocêntrica, requerendo abertura epistemológica<sup>19</sup> e deliberada intencionalidade cooperativa.<sup>20</sup>

(f) o princípio da publicidade ou da máxima transparência permite o escrutínio social de custos, diretos e indiretos, tradicionalmente ocultos e devastadores.

---

where the numbers came from?; 8. Can you see a halo effect? This effect is at work when we see a story as simpler and more emotionally coherent than it really is; 9. Are the people making the recommendation overly attached to past decisions?; 10. Is the base case overly optimistic?; 11. Is the worst case bad enough?; 12. Is the recommending team overly cautious?''.

15 Vide, sobre valores pós-materialistas, Ronald Inglehart in *The Silent Revolution*. Princeton University Press, 1977.

16 Vide Resolução Bacen 4.327/2014.

17 Vide Juarez Freitas in *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, 3. ed. SP: Malheiros, 2014.

18 Vide, para panorâmica sobre vieses, Robert MacCoun in "Biases in the Interpretation and Use of Research Results," *Annu. Rev. Psychol.*, 49 1998, pp 259-87. MacCoun mostra que a interpretação tendenciosa é fenômeno comum, em função de determinantes intencionais, motivacionais e puramente cognitivos.

19 Vide, para ilustrar tentativa de epistemologia ecológica, Tim Ingold in "The Social and Environmental Relations of Human Beings and Other Animals", in V Standen & R.A. Foley (eds.), *Comparative Socioecology: the Behavioural Ecology of Humans and Other Mammals*. Oxford: Blackwell, 1989.

20 Vide, sobre a hipótese da intencionalidade cooperativa, Michael Tomasello in *Natural History of Human Thinking*. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

(g) o princípio da motivação determina a fundamentação “explícita, clara e congruente” (Lei nº 9.784/99, art. 50) dos pressupostos factuais e jurídicos da sustentabilidade, toda vez que as decisões afetarem os direitos das gerações.

(h) o princípio da sindicabilidade experimenta acentuado reforço na cobrança de consistência e previsibilidade. Para ilustrar, nos termos da Lei nº 12.587/2012, estatui o controle de eficiência e eficácia da circulação urbana, com efetiva prioridade do transporte coletivo sobre o transporte individual.

(i) o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) é redimensionado para fortalecer o acesso à tutela jurisdicional contra qualquer lesão ou ameaça de lesão aos direitos das gerações presentes e futuras, acima da tutela imediatista, individualista e atomizada.

(j) o princípio da eficiência (CF, art. 37, isto é, a vedação de meios inapropriados e o imperativo de alcançar mais com menos) e o princípio da eficácia (art. 74, da CF, isto é, a vedação do descumprimento de objetivos fundamentais da Carta) evitarão, por exemplo, aquele crescimento econômico que se alimentado consumo inconsequente de bens posicionais.

(k) o princípio da legitimidade (CF, art. 70) ultrapassa as aparências enganosas de regularidade formal, pois determina aferição não-quantitativista das metas do desenvolvimento.

(l) o princípio da responsabilidade da Administração Pública e dos entes prestadores de serviços públicos (por ações e omissões) contribui à conformação do Estado Sustentável capaz de, em suas intervenções prestacionais ou indiretas, garantir o direito à boa administração para gerações presentes e futuras, indenizáveis os danos juridicamente injustos.

(m) os princípios da prevenção e da precaução, em visão sistêmica de causalidade, acarretam o dever de, prospectivamente, avaliar a formação do nexos causal e interrompê-lo antes que os danos sociais, ambientais e econômicos (certos ou significativamente prováveis) ocorram.<sup>21</sup>

Pois bem. Da inteligência de cada um dos princípios arrolados, em consórcio com o princípio da sustentabilidade, nota-se, em primeiro lugar, que este nuança os demais, influenciando-os e sendo por eles influenciado. Em segundo lugar, aperfeiçoa-se sensivelmente a eficácia de todos os princípios, nas relações administrativas, no momento em que recebem a coloração límpida (mais do que verde) da incidência do princípio em tela.

Assentada essa ideia de fundo, fácil perceberá urgência do inédito, em sentido forte, controle da sustentabilidade das decisões administrativas. Apenas desse modo, em contraste com a discricionariedade absoluta, impulsiva e incontrastável (ainda comum), aperfeiçoar-se-á o processo decisório administrativo vinculado aos direitos fundamentais das gerações atuais e futuras, em vez de procedimentos francamente incompatíveis com a adequada ponderação de custos e benefícios, diretos e indiretos.

---

21 Vide, para ilustrar, Resolução 156/14 Conselho Nacional de Recursos Hídricos, art. 2º- Para efeito dessa Resolução, compreende-se por: IV- Precaução: capacidade de realizar ações, diante de ameaças de danos graves ou irreversíveis, mesmo na ausência de certeza científica absoluta. V- Prevenção: Dever do Poder Público e da coletividade, de agir de modo a evitar, prevenir ocorrência de dano conhecido ou previsível.

Em outras palavras, o prisma da sustentabilidade afasta-se, por inteiro, do mito da insindicabilidade das decisões públicas e repõe a imunidade ao seu lugar, isto é, na defesa de opiniões, palavras e votos. Ninguém pode, no sistema constitucional democrático, restar livre para perpetrar danos injustos a quem quer que seja. O ressarcimento do dano ao erário é imprescritível (CF, art.37, par.5º) e a condescendência se revela inadmissível, seja na avaliação dos resultados, seja na crítica substancial e corretivos processos decisórios.

Mais: o modelo de sustentabilidade exige o fim do burocratismo avesso à inovação.<sup>22</sup> Consoante os seus parâmetros, o poder/dever administrativo se alça ao patamar de monitoramento inteligente da promoção do bem-estar de gerações, em tempo útil. A rigor, no ciclo emergente, progride-se para uma qualificação, por assim dizer, científica (não tecnocrática) das escolhas públicas. Inadmissível embarçar ou embargar empreendimentos produtivos pelo gosto kafkiano de retardar ou pelo medo de decidir. Assim, para ilustrar, será necessária reforma (não apenas cosmética) do processo de licenciamento ambiental, com o intuito de fazê-lo realmente cooperativo e federativo. Inaceitável o congestionamento que conduz a máquina administrativa a paralisias ilógicas, tão nocivas como as acelerações temerárias.

O novo ciclo das relações de administração muda profundamente o quadro: não se admitem gargalos, nem se abusa do “administrado”, em torturantes processos administrativos e judiciais, sem duração razoável<sup>23</sup>. Força investir em controle sinérgico, não-adversarial, integrado e dialógico. Dessa maneira, será viável a gestão pública que não “chega tarde”, dotada do senso de urgência para as improprietárias medidas de prevenção e precaução. Quer dizer, progredir-se-á para uma gestão tempestivamente interruptora do nexo de causalidade de dramas e tragédias perfeitamente evitáveis.

Mais: o princípio da sustentabilidade induz a transição de relações administrativas, ora bloqueadas ou “capturadas” por partidarismos e emotivismos, rumo ao Direito Administrativo do planejamento, que não se deixa enredar pela efemeridade do jogo político. Nessa medida, o Estado Sustentável precisa atuar, nos limites de suas atribuições, no exato cumprimento de metas intergeracionais do sistema constitucional, de sorte a assimilar que as normas administrativas somente são bem aplicadas quando vistas como desdobramentos de objetivos intertemporais para os meios, jamais o contrário.<sup>24</sup> Portanto, dessa atitude institucionalizada em prol da sustentabilidade, emana o cumprimento (não evocação retórica) dos objetivos de justiça substancial, acima de formalismos datados e retrógrados.

Ainda: sob a influência direta do princípio da sustentabilidade, reconfigura-se o emblemático assunto da regulação. É que os tradicionais modelos regulatórios, que deveriam ter promovido a correção tempestiva das falhas de mercado (assimetria de informação, externalidades negativas, competição desleal e falta de transparência), não se afirmaram, inclusive nos países centrais, já por deficiências no campo operacional (redundâncias e sobreposições pleonásticas), já pela grave ausência de disciplina de determinadas atividades econômicas, como sucedeu em relação ao mercado bancário

22 Vide, por exemplo, “O Peso da Burocracia Tributária na Indústria de Transformação”, Fiesp, 2013.

23 Vide, por exemplo, Portaria 380/2014, da AGU, que trata da desistência de recursos, que pode reduzir cerca de 30 mil processos, neste ano.

24 Vide, para a crítica aos que calculam custos baseados na visão de curto prazo, R. Buckminster Fuller, in *Operating Manual for Spaceship Earth*. New ed. Baden: L. Müller, 2008.

paralelo que se instalou com espantosa facilidade tóxica.<sup>25</sup>

Modelos voltados ao combate apenas às “falhas de governo”<sup>26</sup> (na linha de George Stigler, com a sua “teoria da captura”) contribuíram - ainda que involuntariamente - à desregulação alastrada, que toma parte decisiva na formação do nexos causal da grande crise de confiança mundial.

Por todos os motivos, a nova base de regulação administrativa, no século XXI, tem de ser vista como pedra angular da governança sustentável, alicerçada no direito fundamental à boa administração. Com efeito, importa não sucumbir à regulação “capturada”, “governativa” ou tendenciosa de qualquer matiz, tampouco incorrer nas crenças falsas de concorrência perfeita, do equilíbrio de mercado e em outras falácias inocentes ou nem tão inocentes, assim como as arroladas por John Galbraith.<sup>27</sup>

A sustentabilidade determina o profundo redesenho do arcabouço regulatório, pois, como adverte Amartya Sen, a crença de que a economia de mercado corrige a si mesma foi e é responsável pelo afastamento da regulação, ao ignorar ou tolerar atividades de mercado que seriam chocantes até para o nem sempre compreendido Adam Smith.<sup>28</sup>

De maneira nítida, a desregulação estatal revelou-se confiança excessiva na resiliência infalível dos mercados. Na realidade, a resiliência dos mercados mostrou-se ilusão monumental, que ensejou imensos estragos sistêmicos.<sup>29</sup> Falta agora construir modelo regulatório interdisciplinar, compreendido como inerência do “poder de polícia administrativa”, porém sabendo lidar com incentivos e fomento.

25 Vide Paul Krugman, in *A crise de 2008 e a economia da depressão*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 168, a propósito do sistema bancário sombra (*shadow banking system*): “Os bancos convencionais, que aceitam depósitos e são parte do Federal Reserve, operam mais ou menos à luz do sol, com livros escancarados e com reguladores olhando sobre seus ombros. Já as operações das instituições não depositárias, que são bancos de fato, em contraste, são muito sombrias. Com efeito, até a eclosão da crise, parece que pouca gente se deu conta de como o sistema bancário sombra se tornara importante”.

26 Embora não se deve menosprezar, a contribuição de George J. Stigler, in *The Theory of Economic Regulation*. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-21, Spring 1971, exagerou o fenômeno da captura: “The state — the machinery and power of state — is a potential resource or threat to every industry and society. (...) A central thesis of this paper is that, as a rule, regulation is acquired by the industry and designed and operated primarily for its benefit”. Ora, é inegável que tal teoria denunciou algo grave, mas conduziu à desregulação e a seus devastadores efeitos.

27 Vide John Kenneth Galbraith, in *A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2004.

28 Vide Amartya Sen, in *Capitalism beyond the Crisis*. *The New York Review of Books*, v. 56, n. 5, p. 27, Mar. 26th 2009: “The implicit faith in the ability of the market economy to correct itself, which is largely responsible for the removal of established regulations in the United States, tended to ignore the activities of prodigals and projectors in a way that would have shocked Adam Smith. The present economic crisis is partly generated by a huge overestimation of the wisdom of market processes, and the crisis is now being exacerbated by anxiety and lack of trust in the financial market and in businesses in general — responses that have been evident in the market reactions to the sequence of stimulus plans, including the \$787 billion plan signed into law in February by the new Obama administration. As it happens, these problems were already identified in the eighteenth century by Smith, even though they have been neglected by those who have been in authority in recent years, especially in the United States, and who have been busy citing Adam Smith in support of the unfettered market”.

29 Sem cair na falácia — apontada por John Kenneth Galbraith — de esperar demais do Federal Reserve, é certo que Alan Greenspan errou ao disseminar a ideia de resiliência infalível dos mercados. Vide o seu livro *The Age of Turbulence: Adventures in a New World*. New York: Penguin Press, 2007. De outra parte, tem razão Paul Krugman, in *A crise de 2008 e a economia da depressão*, *op. cit.*, ao apontar a “falta de tração do Fed (...) quando se trata de tomadores mais arriscados” (p. 182). E acrescenta: “O Fed de Bernanke também tem enfrentado o problema de, reiteradamente, estar atrasado” (p. 184).

Com propriedade, Tony Judt assinalava que “uma democracia saudável, longe de ser ameaçada pelo Estado regulador, na verdade depende dele: em um mundo cada vez mais polarizado entre indivíduos isolados e inseguros, e forças globais descontroladas, a autoridade legítima do Estado democrático pode ser o melhor de instituição intermediária que conseguimos formular”.<sup>30</sup> Nesse aspecto, sobreleva a valorização das atividades regulatórias de Estado, aquelas que permanecem quando os governos passam, mediante renovação estrutural do Direito Administrativo,<sup>31</sup> que viabilize a universalização dos bens essenciais de qualidade,<sup>32</sup> com indicadores coerentes de sustentabilidade.<sup>33</sup>

De fato, os agentes públicos precisam reorientar a regulação para objetivos estratégicos de longo prazo. Nessa medida, avulta a importância do vínculo institucional daqueles que desempenham o papel regulador, com autonomia fundamentada para decidir, eis que devem atuar como “terceiros” nas relações com o próprio governo para o cumprimento de funções arbitrais.

Dessa maneira, as entidades reguladoras independentes passam a desempenhar atribuições indelegáveis na medição qualitativa e no acompanhamento de políticas constitucionalizadas.<sup>34</sup> Máxime após a crise internacional da “bolha” imobiliária e dos derivativos, reveladora de estridentes falhas do Estado, força reconhecer o papel de incentivo às práticas alinhadas com o retorno social, como preconiza Joseph Stiglitz,<sup>35</sup> em perspectiva reformista que se coaduna, em larga medida, com a filosofia da sustentabilidade. Nessa ótica, considerações regulatórias, por serem eminentemente de Estado, têm de estar desenhadas em relação a pressões conjunturais, ainda que aquelas e estas não sejam de todo excludentes.

O ponto central é que o novo modelo de regulação intertemporal deve corrigir, de preferência de modo preventivo, tanto as falhas de mercado como as falhas governamentais, ambas potencialmente danosas. Não se podem subestimar os riscos de “captura”, com as suas conhecidas artimanhas erísticas. Tais riscos são amplificados quando não existe verdadeira autonomia regulatória. Quer-se, desse modo, erguer, a favor

30 Vide Tony Judt, in *Reflexões sobre um século esquecido: 1901-2000*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 35.

31 Vide, por exemplo, Antonio La Spina e Giandomenico Majone, in *Lo Stato regolatore*. Bologna: Il Mulino, 2000. Sobre as principais teorias sobre regulação, vide Jack M. Beermann, in *Administrative Law*. 3rd ed. New York: Aspen Publishers, 2010, p. 9-13.

32 Tomada a regulação como inerência do “poder de polícia administrativa”, em sentido amplo.

33 Vide Joseph E. Stiglitz, Amartya Sen e Jean-Paul Fitoussi, in *Mismeasuring our Lives: Why GDP doesn't add up: the Report*. New York: New Press, 2010, p. 10: “Another key message, and unifying theme of the report, is that the time is ripe for our measurement system to shift emphasis from measuring economic production to measuring people's well-being; And measures of well-being should be put in a context of sustainability”.

34 Vide Juarez Freitas in *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 3ª ed, SP: Malheiros, 2014, cap. 3.

35 Vide o *testimony* de Joseph E. Stiglitz, The Future of Financial Services Regulation. *House Financial Services Committee*, Oct. 21st 2008. Sua proposta de reforma regulatória está assentada nas ideias de que “financial markets are not an end in themselves (...), the problems are systemic and systematic” e nos seguintes princípios gerais: *incentives* – “aligned with social returns”; *transparency* – “good information”; e *competition* – “balance between government and markets”. Sobre a crise aludida, vide Martin Wolf, in *A reconstrução do sistema financeiro global*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 198-200: “(...) Parte das soluções para nossas dificuldades é limitar a escala dos desequilíbrios macroeconômicos, uma vez que, não raro, eles são exacerbados pela debilidade financeira. A outra parte é operar o sistema financeiro de maneira a reduzir a tibieza, na hipótese de correções macroeconômicas (...) precisamos imaginar um mundo diferente em que o capital flua de maneira produtiva e segura para os países pobres”. E assinala: “(...) o bom governo é, portanto, o fundamento de qualquer sistema financeiro sofisticado” (p. 21).



de “long term institutions”,<sup>36</sup> uma regulação isenta, proba e racionalmente balanceada.

Reitere-se que, seja qual for o governo do momento, a regulação sustentável é atividade administrativa indireta de disciplina imparcial de mercados relevantes ou de serviços públicos, efetuada com independência em relação à própria Administração Pública.<sup>37</sup>

Eis a regulação que se vincula ao desenvolvimento sustentável. Entretanto, apenas cumprirá esse desiderato se houver avanço expressivo no tocante à participação social,<sup>38</sup> por exemplo, em audiências públicas antes de cada resolução de cunho regulatório: audiências públicas efetivas,<sup>39</sup> em vez de consulta passiva ou de fachada.

Assentadas tais premissas, cumpre arrolar as principais características da regulação estatal sustentável (especialmente no âmbito das autarquias reguladoras brasileiras, sem excluir a autorregulação e a regulação que opera no seio da Administração direta), nos seguintes moldes:

(a) A regulação sustentável precisa ser mais de Estado do que “governativa”, no sentido de o regulador exercer atividade típica do Estado Constitucional, inconfundível com proteções unilaterais de grupos de interesse.

(b) A regulação sustentável pode ser desempenhada por entidades estatais que não levam o nome de agências reguladoras, mas importa que sejam autônomas, científicas e interdisciplinares, vale dizer, não subordinadas às indicações partidárias e que exerçam essa função, em regime institucional, contemplando as relações de administração necessariamente num horizonte de longo prazo.

(c) A regulação sustentável deve ser redutora de assimetrias informacionais (combatendo os problemas da seleção adversa e do risco moral) e promotora devigorosa correção das falhas de mercado e de governo.

(d) A regulação sustentável tem que observar o princípio da máxima transparência, isto é, agir de modo a afastar, inteiramente, a opacidade do processo regulatório. Ademais, os reguladores não devem descuidar do caráter inteligível do seu trabalho, nem podem abusar da linguagem indecifrável no processo de tomada de decisões. Não há disfunção mais temível do que a indiferença apática da sociedade, por nada compreender sobre a atividade regulatória.

(e) A regulação sustentável precisa cumprir, com empenho, a Lei de Processo Administrativo: incide a Lei nº 9.784/99, inclusive quanto ao dever de motivação em todas as etapas. Nas audiências, a eventual rejeição de proposta da sociedade precisa ser consistentemente motivada. Além disso, o processo de regulação deve ser avaliado em seus impactos diretos e externalidades.

---

36 Vide Jean Tirole in «The Euro Crisis: Some Reflexions on Institutional Reform», *Financial Stability Review*, vol. 16, fev. 2012, p. 240.

37 Vide, sobre mecanismos de governança global, Benedict Kingsbury, Nico Krisch e Richard B. Stewart, in *The Emergence of Global Administrative Law. ILLJ Working Paper 2004/1*, *Global Administrative Law Series*.

38 Vide, no ponto em que enfatiza o princípio democrático da participação como guia de interpretação constitucional, Stephen G. Breyer, In: *Active Liberty: Interpreting our Democratic Constitution*. New York: Knopf, 2005, especialmente p. 102-108.

39 Esta é, para ilustrar, a melhor inteligência da Lei nº 10.233/01, que disciplina as audiências públicas na ANTAQ e na ANTT.

(f) A regulação sustentável exige recrutamento entre aqueles que, além da reputação ilibada (“ficha limpa”), possuam qualificação própria para a regulação setorial, sem extravio partidarizante.

(g) A regulação sustentável deve atuar de maneira sistêmica<sup>40</sup> (exemplo: viáveis os convênios entre os reguladores, sem prejuízo de convênios entre regulação e autorregulação, desde que, como sublinhado, não representem escapismo do caráter indelevelmente estatal, nem se criem zonas de sombra.

(h) A regulação sustentável, para evitar insinuantes ou ostensivos conflitos de interesse, precisa se emancipar da ingerência de facciosismos, pois se pretende alcançar eficiente e eficaz regulação redutora de conflitos intertemporais e liberta, o mais possível, de argumentações tendenciosas ou próprias do emocionalismo decisionista. A par disso, haverá de ser enérgica o bastante para tomar medidas emergenciais.

(i) A regulação sustentável deve assumir metas traçadas pela lei, mas, antes disso, pela Constituição, ciente de que o descumprimento das políticas constitucionalizadas (mais do que de programas governamentais) pode render ensejo à responsabilização, em termos de conduta omissiva ou comissiva.

(j) A regulação sustentável guarda deferência à “reserva de administração” e à “reserva da lei”, salvo nas hipóteses de manifesta violação a princípios, objetivos e direitos fundamentais. Inovação regulatória, se houver, terá de se conter nos limites da juridicidade sistemática.

(k) A regulação sustentável, sem sobreposições pleonásticas viciosas, tem de atuar de modo concatenado e sincrônico, isto é, em sinergia com as atividades gerais de controle, sob pena de prosseguirem os impasses, por exemplo, em matéria ambiental ou de defesa da concorrência.

(l) A regulação sustentável deve exercer papel “arbitral público”: os entes reguladores, perante eventuais conflitos, podem versar, em matéria de competência própria, sobre direitos disponíveis (acessíveis à arbitragem privada) e até sobre direitos apenas arbitráveis por pessoa jurídica de direito público. Não é de surpreender a proposta de arbitragem pública, mormente porque já se tem experiência fecunda de conciliação, transação e termo de compromisso, com alguns resultados animadores.

(m) A regulação sustentável motiva, de maneira congruente e explícita, todas as suas decisões que afetarem direitos ou interesses de gerações atuais e futuras.

(n) A regulação sustentável, em face da complexidade de determinados processos, compreende a causalidade reversa e se afasta terminantemente da falácia das falsas causas.

(o) A regulação sustentável precisa intervir indiretamente, com balanceada isonomia e equidade intergeracional. Relevante combater as práticas predatórias, a par de coibir concentrações injustas e domínios abusivos de mercado, e, sobretudo, para evitar males tais como a poluição letal do ar, que mata milhares de pessoas por ano.

(p) A regulação sustentável deve contribuir para contra balançar o peso excessivo emprestado ao Poder Executivo, dado que, especialmente no presidencialismo, tal

---

40 *Vide*, a respeito de atuação sistêmica, a proposta de Agenda da Sustentabilidade, no Capítulo 4 de meu livro *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*, 2ª ed, BH: Fórum, 2012.

tendência gera instabilidade e volatilidade nas regras do jogo, afugentando os investidores produtivos, em vez de propiciar a segurança jurídica para investimentos benéficos de longo prazo, próprios da economia de baixo carbono.

(q) A regulação sustentável, sem usurpar o papel dos formuladores de políticas públicas, não pode cair no omissivismo cúmplice. A autorrestrição regulatória não litiga com a atuação dinâmica incidente sobre os setores regulados e fiscalizados.

(r) A regulação sustentável tem que vivenciar a concepção de discricionariedade administrativa vinculada ao primado dos direitos fundamentais, abarcando as gerações futuras. Por isso, a inserção primacial de objetivos constitucionais, na pauta regulatória, é cogente para concretizar a sustentabilidade em toda gestão de processos. Nesse aspecto, convém não idolatrar a discricionariedade técnica, como se fosse insindicável.

(s) A regulação sustentável das atividades econômicas sistemicamente relevantes e dos serviços públicos precisa ser norteada pela ponderação adequada de custos e benefícios, diretos e indiretos, bem como da avaliação acurada de riscos,<sup>41</sup> de sorte a propiciar retornos proporcionais aos setores regulados.

(t) A regulação sustentável tem de, em suma, respeitar o direito fundamental à boa administração pública. Trata-se de síntese ou somatório de direitos subjetivos públicos e deveres correspondentes.

Eis a regulação paulatinamente orientada sob o influxo do princípio do desenvolvimento sustentável. Como se observa, para o êxito dessa renovada concepção, a atividade estatal regulatória, particularmente a exercida pelas autarquias reguladoras, precisa experimentar reconfigurações sensíveis. A regulação do Estado sustentável precisa encontrar o reequilíbrio justo e dinâmico entre retornos econômicos e sociais,<sup>42</sup> com a partilha de ganhos e benefícios, diretos e indiretos. Sem ser demasiado intrusiva, a regulação sustentável tem o compromisso de fomentar a economia de baixo carbono, com as inovações correspondentes. De outra parte, está certo Cass R. Sunstein, ao defender novo status do usuário na relação regulatória.<sup>43</sup> O controle social - empreendido pela democracia participativa ou direta - não exclui os demais controles expressos ou implícitos, mas a eles deve ser somado, sinergicamente. Nesse diapasão, em vez do temor excessivo de “captura” ou dos graves desvios levantados pela chamada teoria econômica da regulação,<sup>44</sup> a postura constitucionalmente sustentável consiste em levar a sociedade a assumir real protagonismo, estimulando-a exigir a universalização de serviços essenciais e a fazer frente às falhas de mercado e de governo, ao mesmo tempo.

---

41 Vide o documento *Improving the Administrative Process: a Report to the President-Elect of the United States*. Washington, DC: American Bar Association; Section of Administrative Law and Regulatory Practice, 2008.

42 Vide Christopher McCrudden, in *Social Policy and Economic Regulators: Some Issues from the Reform of Utility Regulation*. In: Christopher McCrudden (Ed.). *Regulation and Deregulation: Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 275-291.

43 Para o contexto americano, vide as sugestões de Cass R. Sunstein, in *O constitucionalismo após o New Deal*. In: Paulo Mattos (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, op. cit., p. 136. Embora, de fato, aposte no reforço de poder e controle do Executivo em matérias regulatórias, acerta quando propõe “reformulação das doutrinas do direito administrativo para colocar os cidadãos no mesmo plano das entidades reguladas”.

44 Vide George J. Stigler, in *A teoria da regulação econômica*. In: Paulo Mattos (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, op. cit., p. 23. Para uma visão mais complexa e reconhecendo insuficiências da teoria em tela, na mesma obra, vide Sam Peltzman, In: *A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação*, p. 81-124.

## CONCLUSÕES

Existe o Direito Administrativo antes e depois do reconhecimento eficácia do princípio da sustentabilidade. Antes, as escolhas das propostas mais vantajosas nas licitações públicas, por exemplo, eram unidimensionais e simplistas. Após, os critérios sociais, ambientais e econômicos começam a ter presença obrigatória nos editais e nos ajustes. Antes, acontecia o domínio da sindicabilidade legalista e vicejava a discricionariedade desvinculada dos direitos fundamentais. Após, surge a sindicabilidade (inclusive judicial) da qualidade das decisões tomadas. Antes, a causalidade, para fins de responsabilização, era vista de maneira linear e imediatista. Após, o nexo de causalidade é entendido em termos sistêmicos e de longo alcance, alcançando a omissão causadora de danos. Antes, os direitos só minimamente — em migalhas — eram oponíveis ao Estado. Após, o direito fundamental à boa administração pública, com tudo que representa, passa a ser plenamente tutelável. Antes, vigorava a dignidade extremadamente antropocêntrica e indiferente à sorte da vida em geral. Após, é assimilada a vedação constitucional da crueldade entre humanos e entre espécies. Antes, o formalismo de regras servia ao arbítrio e ao direcionamento espúrio de grupos insaciáveis. Após, o controle de constitucionalidade includente impõe o dever de cumprir a Constituição de ofício. Antes, a decisão administrativa, inclusive regulatória, era tomada sem tino consequencial, indiferente aos efeitos colaterais e às externalidades. Após, a decisão motivada (de maneira clara e congruente) não mais desconsidera os impactos sociais, econômicos e ambientais. Antes, constatava-se, de modo impune, o domínio da baixa política e do coronelismo fisiológico. Após, são realçadas a imparcialidade, a equidade intergeracional e a continuidade das políticas de longo prazo. Antes, o que se via era o domínio das falhas de mercado sem regulação ou com regulação insuficiente. Após, começa a ser vista como decisiva a regulação proporcional (sem excesso e omissão). Antes, a saúde era tida como questão individual apenas. Após, a saúde pública desponta como dever fundamental do Estado. Antes, havia dependência excessiva em relação ao legislador. Após, a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais é levada às melhores consequências. Antes, o moralismo ou o amoralismo subjugavam. Após, a moralidade pública começa a ser assimilada como princípio-chave para o desenvolvimento. Antes, o caos urbano e a imobilidade. Após, o direito irrenunciável às cidades sustentáveis e à prioridade do transporte coletivo. Antes, a temeridade de gastos públicos sem retorno e o famigerado sobre preço. Após, uma ambiência confiável para investimentos produtivos. Antes, a tirania do calendário eleitoral. Após, a governança com escala de longa duração. Antes, o impulso e o emotivismo. Após, a racionalidade dialógica e a cientificidade paramétrica na avaliação de processos e resultados. Antes, a aversão à temática ambiental. Após, a responsabilidade ambiental compartilhada, inclusive pós-consumo. Antes, a eficiência sem eficácia. Após, a eficiência subordinada à eficácia. Antes, a opacidade dolosa. Após, a transparência em tempo real. Antes, a subsunção sem justificativa da escolha de premissas. Após, a hierarquização tópico-sistemática das prioridades. Antes, a titularidade restrita aos grupos poderosos de hoje. Após, a titularidade dos direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.

Em síntese, a sustentabilidade, no Direito Administrativo reconfigurado, passa a ser tarefa eminente de Estado, no rumo de nova tradição. Em semelhante perspectiva, os administradores e os reguladores são — ou deveriam ser — independentes e interdependentes, seja ao corrigirem falhas de mercado e de governo, seja na execução e na conformação das políticas de assento constitucional, sem invocação ladina e escapista

da “reserva do possível” ou de realismo distópico.

Por todo o exposto, força concretizar o Estado Sustentável, aquele que tem em vista, nas relações de administração, o bem-estar multidimensional no presente, sem comprometer o bem-estar no futuro. Por outras palavras, os agentes públicos precisam proteger, com prevenção e precaução, as expectativas legítimas, em sentido mais rico e abrangente. Mas não convém nutrir ilusões: erguer o Direito Administrativo da sustentabilidade é construção que exigirá insistência e pertinácia. Gradualmente, entretanto, o Direito Administrativo passará a ser o Direito da gestão pública participativa, transparente, redutora de assimetrias e densificadora do princípio da sustentabilidade, o qual – espera-se - haverá de imantar, no Século XXI, as relações jurídicas em geral.