

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO
PROJETO DE PESQUISA: FUNDAMENTOS TEÓRICOS CONTEMPORÂNEOS DOS
PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.

**A NECESSIDADE DE UMA RELEITURA DA REGULAÇÃO
DE ESTADO, SUSTENTABILIDADE E DO DIREITO
FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

KHERSON MACIEL GOMES SOARES

Itajaí-SC, julho de 2022

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO
PROJETO DE PESQUISA: FUNDAMENTOS TEÓRICOS CONTEMPORÂNEOS DOS
PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.

**A NECESSIDADE DE UMA RELEITURA DA REGULAÇÃO
DE ESTADO, SUSTENTABILIDADE E DO DIREITO
FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

Projeto de Pesquisa: Constitucionalismo e Produção do Direito.

KHERSON MACIEL GOMES SOARES

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, minter com a Faculdade Católica de
Rondônia – FCR, como requisito parcial à obtenção
do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Paulo Márcio Cruz

Co-orientador: Professora Doutora Jaqueline Moretti Quintero

Itajaí-SC, dezembro de 2022

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação de mestrado não existiria sem o precioso apoio de diversas pessoas. Como um porto seguro, elas foram responsáveis pelo meu esforço e dedicação, especialmente nos momentos mais difíceis. Sem elas, nada disso seria possível.

Agradeço aos meus orientadores, o Professor Doutor **Paulo Márcio Cruz** e a Professora Doutora **Jaqueline Moretti Quintero**, por toda a paciência, empenho e praticidade com que me orientaram neste trabalho e em todos aqueles que realizei durante os seminários do mestrado. Agradeço, ainda, à Professora Doutora **Denise Schmitt Siqueira Garcia** pelas cobranças e correções necessárias, bem como por todo apoio durante esses anos de estudo.

A todos os meus colegas do Mestrado, especialmente os que se dedicam a defesa do Estado e do interesse público, por todo apoio e amizade ao longo de nosso estudo.

À minha família, por apoiarem e compreenderem o meu isolamento em inúmeros finais de semana. À minha mãe, **Merelle Maria Gomes Soares** e ao meu saudoso pai, **Cesar Augusto Maciel Soares** deixo um agradecimento especial, por todo o amor, ensinamentos, companheirismo e exemplo. Tenho muito orgulho de ser filho de vocês.

À minha amada esposa **Jaiane Rabelo Morona Soares**, por todo amor, carinho e compreensão nesta caminhada. Obrigado por permanecer ao meu lado, mesmo quando não lhe dava a devida atenção.

Por fim, a todos aqueles que contribuíram, direta ou indiretamente, para a realização desta dissertação, o meu sincero agradecimento.

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho ao meu pai, Cel. Maciel (*in memoriam*), como todo amor e gratidão. Palavras não são suficientes para expressar o quanto você foi importante em minha formação.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, julho de 2022.

KHERSON MACIEL
GOMES

SOARES:0054590132
4

Assinado de forma digital por
KHERSON MACIEL GOMES
SOARES:00545901324
Dados: 2023.07.25 08:36:35
-04'00'

Kherson Maciel Gomes Soares
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

P Á G I N A D E A P R O V A Ç Ã O

MESTRADO

Conforme Ata da Banca de Defesa de Mestrado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica PPCJ/UNIVALI, em 29/11/2022, às 15h (Horário de Brasília) e 14h (Horário em Rondônia), o mestrando Kherson Maciel Gomes Soares fez a apresentação e defesa da Dissertação, sob o título "REGULAÇÃO, SUSTENTABILIDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA".

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutora Jaqueline Moretti Quintero (UNIVALI), como presidente e coorientadora, Doutor Pedro Abib Hecktheuer (FCR), como membro, Doutora Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza (UNIVALI), como membro e Doutora Heloíse Siqueira Garcia (UNIVALI), como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi Aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 29 de novembro de 2022.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE CATEGORIAS

Boa Administração Pública: “é geralmente apresentada como um meio de reagrupar diversos princípios constitucionais e administrativos de ação e funcionamento da administração pública, o que poderia esmaecer um conteúdo jurídico específico. (...) é objeto de estudo da ciência da administração pública, enquanto síntese das análises multidisciplinares do fenômeno administrativo, associa-se à deontologia, compreendida como ciência dos deveres profissionais, que são por vezes juridicamente recepcionados, inclusive tendo alguns comportamentos profissionais sancionados; bem como a valores éticos e morais, assim como a uma ética no serviço público.”¹

Constitucionalização do Direito Administrativo: “controle judicial dos atos discricionários por variadas razões, assinaladamente por viabilizar o controle jurisdicional com fulcro nos princípios e valores constitucionais, explícitos ou implícitos. (...) possibilidade de controle jurisdicional com esteio não apenas na legalidade em sentido estrito, mas também nos princípios e valores constitucionais, explícitos ou inexplícitos, designadamente os princípios da moralidade, razoabilidade, supremacia do interesse público, além dos princípios gerais de direito. (...) O controle judicial se expande, pois já não se adstringe à mera legalidade *stricto sensu*, abrangendo todo o direito (controle de juridicidade, de legalidade *lato sensu*). Portanto, o “Estado Legal” é sucedido pelo Estado de Direito, revalorizando-se o conteúdo material da lei, ou seja, o seu aspecto axiológico, ético, justo, que havia sido menosprezado pelo juspositivismo mais radical.”²

Desenvolvimento sustentável: “permite satisfazer as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das futuras gerações satisfazerem as suas próprias necessidades. (...) para que haja um desenvolvimento sustentável é preciso que todos tenham atendidas as suas necessidades básicas e lhes sejam proporcionadas oportunidades de concretizar as suas aspirações a uma vida melhor. (...) Na sua essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, o direcionamento dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão em harmonia e reforçam o atual e futuro potencial para satisfazer as aspirações e necessidades humanas.”³

1 CARVALHO, Valter Alves. **O direito à boa administração pública: Uma análise no contexto dos direitos de cidadania no Brasil. 2013.** Tese de Doutorado. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional)—Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, Pg. 63.

2 FERNANDES, André Dias. A constitucionalização do direito administrativo e o controle judicial do mérito do ato administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 203, p. 5-6. Brasília, jul./set. 2014.

3 BRUNDTLAND, Gro Harlem, and Nosso Futuro Comum. "Relatório Brundtland." *Our Common Future: United Nations* (1987).

Discrecionalidade administrativa: “o conceito de mérito do ato administrativo conexas-se com o de discrecionalidade e configura um limite à sindicabilidade judicial. (...) há um considerável consenso no sentido de que o mérito administrativo consiste num juízo de conveniência e oportunidade, mas aquilo que se considera conveniente e oportuno tem variado ao longo do tempo, em face do incremento dos parâmetros de controle.”⁴

Falhas de mercado: “A própria expressão “falhas de mercado”, a rigor, parece deixar subentendido que os mercados são como que meios a serem usados para a obtenção de fins. Se estes últimos - que, segundo os preceitos do intervencionismo, devem ser eleitos pelos planejadores de plantão - não são alcançados, fala-se na ocorrência de algum tipo de deficiência no “sistema” (isto é, em resultados “injustos” na ordem espontânea de mercado).”⁵

Falhas de governo: “A inabilidade ou falta de desejo do governo de agir primeiramente para atender o interesse de seus cidadãos. As falhas principais são burocracia e corrupção.”⁶

Justiça intergeracional: “O objeto dessa justiça intergeracional são as gerações futuras, que apresentam um déficit democrático, pois não existe, em regra, uma figura que lhes represente perante as questões ambientais. Atualmente, é construída uma governança ambiental global, em que se possibilita a participação democrática de vários stakeholders. Contudo, não há representação participativa dos interesses das gerações futuras”.⁷

4 FERNANDES, André Dias. A constitucionalização do direito administrativo e o controle judicial do mérito do ato administrativo. Revista de Informação Legislativa, ano 51, n. 203, p. 3. Brasília, jul./set. 2014.

5 LORIO, Ubiratan J. “Falhas de Mercado” Versus Falhas de Governo. Direito Administrativo em Debate, Rio de Janeiro, 2008. p.1.

6 FERRAZ, Gabriel. O que são falhas de governo? Disponível em: <https://economiamainstream.com.br/artigo/o-que-sao-falhas-de-governo/>. Acesso em: 15 dez. 2022.

7 Mendes, Lara França. **A justiça intergeracional**. Diss. 2016.

SUMÁRIO

RESUMO _____ p. 10.

ABSTRACT _____ p. 12.

INTRODUÇÃO _____ p. 13.

1 SUSTENTABILIDADE NAS RELAÇÕES ADMINISTRATIVAS _____ p. 19.

1.1 AS ORIGENS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL _____ p. 19.

1.1.1 Críticas à polivalência do conceito de desenvolvimento sustentável _____ p. 29.

1.1.2 Axiologia constitucional _____ p. 36.

1.1.3 Sustentabilidade e direito ao futuro _____ p. 42.

1.1.4 Fundamentos jurídicos da proteção às gerações futuras _____ p. 43.

1.1.5 Sustentabilidade nas relações administrativas _____ p. 48.

-

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA _____ p. 53.

2.1 CONSTRUÇÃO JURÍDICA DE UMA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA _____ p. 53.

2.1.1 Constitucionalização do Direito Administrativo _____ p. 55.

2.1.2 Discrecionalidade e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública _____ p. 60.

2.1.3 Motivação e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública _____ p. 74.

3 UMA RELEITURA DO MODELO DE REGULAÇÃO _____ p. 80.

3.1 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO REGULATÓRIO _____ p. 80.

3.2 Regulação sustentável _____ p. 87.

3.2.1 A necessidade de um novo olhar regulatório _____ p. 89.

3.2.2 Características da regulação sustentável _____ p. 91.

3.2.3 A transição para uma regulação sustentável _____ p. 95.

3.2.4 Regulação sustentável e o direito fundamental à boa administração _____ p. 99.

CONSIDERAÇÕES FINAIS _____

RESUMO

A presente dissertação possui como área de concentração Fundamentos do Direito Positivo e como linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito. Tem por objetivo trazer à tona alguns aspectos relevantes da regulação estatal, da sustentabilidade e do direito fundamental à boa administração pública, evidenciando a necessidade de se repensar o modelo de atividade administrativa regulatória sob a influência do princípio da sustentabilidade e do direito fundamental à boa administração. A necessidade de uma releitura do modelo de regulação se perfaz frente a cogente observância do princípio da sustentabilidade, alinhada à inafastável noção de uma boa administração como direito fundamental. A sustentabilidade determina o novo olhar ao arcabouço regulatório, que deve estar edificado sob o pilar do direito fundamental à boa administração. Como possíveis resultados da pesquisa, exsurge a premente necessidade de transformação sustentável da atividade administrativa regulatória, não mais subsistindo uma regulação estatal circunscrita ao domínio exclusivo da lei. Cuida-se de uma nova vinculação da atividade administrativa regulatória a novos modelos normativos não legais, em especial às regras e princípios constitucionais. Não há espaço para a defesa de uma regulação parcimoniosa e meramente legalista, até porque os modelos regulatórios tradicionais falharam na mitigação das falhas de mercado, sendo necessário um novo olhar ao modelo regulatório, reverente dos princípios constitucionais que regem a atividade administrativa, especialmente do dever fundamental à boa administração pública. A necessidade de uma releitura ao modelo de regulação é própria da observância do princípio da sustentabilidade, jungida à inafastável noção de se alcançar uma boa administração como direito fundamental. A carga semântica contida na sustentabilidade, na regulação e na boa administração pública, em sua amplitude teórica, possui também uma organicidade na qual os três conceitos interagem e se intersectam na presente pesquisa, deixando cada um dos três abertos para a complexidade que lhes é própria, ao mesmo tempo em que apontam para uma investigação articulada e não aleatória. A abordagem é realizada a partir de uma metodologia de abordagem indutiva, utilizando como a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: sustentabilidade; regulação; administração pública; direito fundamental; boa administração.

RESUMO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA

The present dissertation has as a concentration area Fundamentals of Positive Law and as a line of research Constitutionalism and Law Production. It aims to bring to light some relevant aspects of state regulation, sustainability and the fundamental right to good public administration, highlighting the need to rethink the model of regulatory administrative activity under the influence of the principle of sustainability and the fundamental right to good administration . The need for a re-reading of the regulation model is realized in view of the strict observance of the principle of sustainability, in line with the unavoidable notion of good administration as a fundamental right. Sustainability determines the new look at the regulatory framework, which must be built under the pillar of the fundamental right to good administration. As possible results of the research, there is an urgent need for a sustainable transformation of the regulatory administrative activity, no longer subsisting a state regulation circumscribed to the exclusive domain of the law. It takes care of a new linkage of regulatory administrative activity to new non-legal normative models, in particular to constitutional rules and principles. There is no room for defending a parsimonious and merely legalistic regulation, not least because the traditional regulatory models have failed to mitigate market failures, requiring a new look at the regulatory model, respectful of the constitutional principles that govern administrative activity, especially the duty fundamental to good public administration. The need for a re-reading of the regulation model is inherent to the observance of the principle of sustainability, coupled with the unavoidable notion of achieving good administration as a fundamental right. The semantic load contained in sustainability, regulation and good public administration, in its theoretical range, also has an organicity in which the three concepts interact and intersect in the present research, leaving each of the three open to their own complexity, while pointing to an articulated and non-random investigation. The approach is carried out from an inductive approach methodology, using the technique of bibliographical research.

Keywords: sustainability; regulation; public administration; fundamental right; good administration.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, pelo Programa de Mestrado Interinstitucional (MINTER) com a Faculdade Católica de Rondônia. O Curso foi realizado por meio de um Programa de Mestrado Interinstitucional (MINTER), envolvendo a Univali e a FCR.

O Projeto de Pesquisa é o Constitucionalismo e Produção do Direito. O seu objetivo científico é analisar a importância de uma nova perspectiva da atividade administrativa regulatória, que em decorrência do princípio da sustentabilidade e do direito fundamental à boa administração, carece de redefinição. Sua reconfiguração pede urgência e perpassa por uma compreensão holística do instituto regulatório, bem como dos princípios da sustentabilidade e da boa administração pública.

A necessidade de uma nova forma de perceber o modelo administrativo de regulação se perfaz frente a imprescindível observância do princípio da sustentabilidade, alinhada à inafastável noção de uma boa administração como direito fundamental. A sustentabilidade determina o novo desenho do arcabouço regulatório, que deve estar alinhado ao direito fundamental à boa administração.

A regulação estatal circunscrita ao domínio exclusivo da lei se demonstra insuficiente, razão pela qual uma vinculação da atividade regulatória a novos modelos normativos, especialmente às regras e princípios constitucionais é premente. Neste particular, alguns problemas se apresentam e devem ser enfrentados.

Em um mundo em que são comuns sucessivas crises econômicas e ambientais, a atividade administrativa regulatória meramente legalista se revelou inábil, sendo prudente se pensar em uma regulação jungida às regras e aos princípios constitucionais, principalmente a sustentabilidade e à boa administração pública.

Diante dos desafios sociais e ambientais, bem como do fato de que os

modelos regulatórios tradicionais falharam na mitigação das falhas de mercado, a necessidade hodierna de repensá-los se perfaz. Deve a nova atividade administrativa regulatória enfrentar tais desafios, liderando e incentivando a inevitável mudança de mentalidade acerca da atividade regulatória.

Como toda e qualquer transformação, a nova forma de pensar a regulação exige um conjunto de esforços no sentido de alterar a enraizada percepção legalista da atividade administrativa, acentuando a importância da compreensão dos princípios constitucionais da sustentabilidade e da boa administração pública, como também da própria atividade regulatória, ante os desafios atuais.

Na senda dessa percepção, seria a atividade administrativa regulatória mais intrínseca ao Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, sujeito aos comandos da Constituição Federal de 1988, do que um instituto meramente governamental.

Para a pesquisa foram levantadas a(s) seguinte(s) hipótese(s):

a) Vivenciamos um período em que as crises econômico-financeiras e ambientais nos remetem a imprescindível e inevitável necessidade de uma releitura ao modelo de atividade administrativa regulatória, fazendo frente a cogente observância do princípio da sustentabilidade e da noção de boa administração pública como direito fundamental.

O atual contexto de crises e as falhas de mercado dos modelos regulatórios tradicionais, não permite mais uma atividade administrativa de regulação estritamente legalista. Exsurge a necessidade de um novo olhar ao modelo regulatório, jungido aos princípios constitucionais, especialmente aqueles atrelados ao desenvolvimento sustentável e a boa atividade administrativa.

As crises econômico-financeiras e ambientais só têm ressaltado a imprescindibilidade de encontrar a medida certa de intervenção estatal, de modo a possibilitar pressupostos cumulativos do desenvolvimento sustentável, restando ultrapassados os ditames conjunturais e episódicos de interesses públicos dissimulados e destoantes dos valores constitucionais.

b) É ínsito a uma regulação sustentável o desenvolvimento sustentável e o direito fundamental à boa administração pública, dando azo a uma administração pública eficiente e eficaz, cumpridora de seus deveres, com transparência, imparcialidade e respeito a moralidade, o que tanto hoje se almeja.

Para uma melhor compreensão dessa nova forma de pensar a regulação estatal, se faz necessário entender - ainda que de forma breve – o que seria sustentabilidade e o direito fundamental à boa administração pública.

Compreender o desenvolvimento sustentável e o direito a uma boa administração pública como valores constitucionais obrigatórios e inerentes a atividade administrativa regulatória, se demonstra importante para a sua reconstrução, ensejando uma administração pública cumpridora de seus deveres.

Ressalta-se a atuação do princípio da sustentabilidade como vetor de expansão das dimensões pelas quais a discricionariedade do Administrador Público deve ser revista; é dizer, não apenas pelo ângulo do reducionismo econômico, mas sob o prisma do bem-estar durável, que comporta os mais diversos valores sociais.

As relações administrativas, nesse aspecto, devem ser, a todo momento, pautadas nessa pré-compreensão - pois, de outro modo, a unidimensionalidade do pensar e do agir do Administrador Público apenas favorecerá condutas imediatistas, que no curto prazo são vistas com bons olhos, mas no longo prazo se afiguram insignificantes.

Não se pode deslembrar que o direito fundamental à boa administração pública é um ideal permanente, que reflete uma administração que cumpre com seus deveres, se pautando na transparência, imparcialidade, moralidade, o que vai ao encontro dos princípios encartados na Constituição Federal de 1988.

A proteção da boa administração e do meio ambiente como direitos fundamentais exige uma atuação positiva de todos os atores públicos, e de forma simultânea, uma vez que, atualmente, não há como cogitar um direito administrativo dissociado da tutela do meio ambiente, em sentido abrangente.

Não sem razão, a temática da regulação estatal deve ser priorizada, sob uma perspectiva sustentável e alinhada com a boa administração como direito fundamental.

c) As contínuas mudanças e o próprio desafio de redefinir a ideia de regulação, nos leva a inafastável necessidade de compreensão das funções regulatórias como inerências do Estado Democrático, mais do que do governo, sendo crucial a celeridade nessa novel reformulação, alicerçada na Constituição.

O principal objetivo do Estado regulador, concebido em termos abrangentes – não limitado às agências – se traduz em, com autonomia, cientificidade e um rígido planejamento, garantir a precaução, a prevenção e a correção tempestiva das falhas de mercado e de governo. E mais, de enfrentar os desvios comportamentais em um sentido mais amplo.

Sob tal perspectiva, as intervenções estatais indiretas devem assegurar e equilibrar da melhor forma possível os benefícios de longo prazo, perfazendo uma atividade regulatória compatível com as metas contemporâneas e as novas convergências.

A reconstrução de um modelo regulatório sustentável, portanto, propugna por uma intervenção indireta do Estado, mediante providências administrativas voltadas ao futuro, garantindo isonomia e equidade intergeracional.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, explicitar o conceito de sustentabilidade e o de desenvolvimento sustentável, sua polivalência, axiologia, para a partir daí, compreender a sustentabilidade como um valor e princípio constitucional na esfera da atuação pública e sua relevância nas relações administrativas, o que é fundamental para a reconstrução do modelo regulatório.

O Capítulo 2 trata do direito fundamental à Boa Administração Pública, abordando os aspectos jurídicos referentes ao instituto, demonstrando tratar-se de um plexo de direitos subjetivos públicos, sendo a boa administração pública um ideal permanente e relacionado a essa nova concepção de regulação.

O Capítulo 3 dedica-se a abordar uma nova forma de perceber o modelo de regulação, partindo do seu conceito, demonstrando a necessidade da reconstrução desse modelo, pautada pelo princípio da sustentabilidade. Na oportunidade, são abordadas as características da regulação sustentável, e ao final, é cotejada a regulação sustentável com o direito fundamental à boa administração.

Em suma, almeja-se explorar os temas de modo a identificar a forma como se relacionam, sua importância para a construção de uma Administração Pública superior, a maturidade teórica de sua abordagem pela doutrina e eventuais obstáculos para a sua incorporação no discurso político-jurídico contemporâneo.

É consabido que o Poder Público, no exercício da função administrativa, goza de prerrogativas, tanto quanto sofre restrições, inaplicáveis à iniciativa privada. A supremacia do interesse público sobre o privado, o princípio da legalidade e a intangibilidade do mérito administrativo, são só alguns exemplos de regras aplicáveis à Administração Pública em caráter exclusivo, que a distinguem amplamente nas relações por si firmadas com particulares.

Já é tempo, contudo, de que essas regras exclusivas, que fundamentam o agir do administrador público, sejam revistas, de forma a verdadeiramente compatibilizar a atuação da Administração Pública com a vontade do legislador constituinte.

Com efeito, não mais se sustenta a concepção de um interesse público que se confunde com a própria vontade da Administração Pública. Esta, respeitadas as competências próprias de cada Poder, não existe de forma isolada, não podendo agir ao seu bel-prazer, mesmo quando fundada na discricionariedade administrativa.

Também não mais se vislumbra uma Administração Pública pautada apenas na legalidade, que deixe de concretizar direitos fundamentais de forma efetiva. Mais do que nunca, sobleva-se a necessidade de conformar a atividade administrativa com o conteúdo interpretativo da Constituição, consagrando o que alguns autores chamam de princípio da juridicidade.

O mérito administrativo, outrossim, não deve ser insindicável. Deve, na realidade, estar sujeito a um amplo escrutínio, voltado a garantir que seja constitucionalmente defensável, respeitada a margem de escolha do administrador público diante de escolhas difíceis.

Nesse prisma, exsurge o Direito Fundamental à Boa Administração Pública, cujo fundamento normativo não decorre de uma norma jurídica expressa, mas do conteúdo interpretativo de uma série de princípios constitucionais.

Inegavelmente, sua efetivação perpassa pela construção normativa de uma nova forma de compreender o modelo de Administração Pública, que se afigure eficiente e eficaz, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.

Para tanto, manifesta-se o princípio constitucional da sustentabilidade, na sua vertente aplicada às relações administrativas, como vetor de superação do decisionismo irracional que se verifica em todas as áreas da atividade administrativa.

Isso tudo com o objetivo de superar, de uma vez por todas, os vieses cognitivos, sistematicamente evidenciados no âmbito administrativo, que levam o administrador público a realizar condutas contrárias ao interesse público, a exemplo de obras públicas que restam frequentemente inacabadas.

Embora tais princípios se apliquem à atividade burocrática do Estado como um todo, a presente investigação tenciona perquirir sua influência no contexto do Direito Regulatório, em face da cogente observância da sustentabilidade e da boa administração na função regulatória estatal.

Para tal, faz-se necessário reformular os pressupostos que balizam a atividade do gestor público, de modo a tornar sua atuação condizente com princípios eleitos pelo legislador constituinte, sujeitando-o às balizas da juridicidade, do (auto)controle das distorções cognitivas e da influência do pensamento intergeracional.

Problematiza-se que a conduta do administrador público está suscetível a diversas falhas de índole cognitiva e institucional, que levam o agente público a atuar de maneira contrária ao interesse verdadeiramente público. Em especial, falta ao gestor público dispor de uma visão de longo prazo, de modo a beneficiar tanto as gerações presentes quanto as gerações futuras, com um olhar voltado ao permanente bem-estar humano.

CAPÍTULO 1

SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL, SOCIAL E ECONÔMICA NAS RELAÇÕES ADMINISTRATIVAS

O presente capítulo examina aspectos históricos da sustentabilidade ambiental, social e econômica, sua origem no contexto ambiental e posterior expansão multidimensional. Em seguida, lança mão de seu conceito pluridimensional para examinar a sua relação com as definições de justiça *intra* e *intergeracional*, em especial suas semelhanças e diferenças. Encerra, logo após, com uma breve análise da aplicação da sustentabilidade nas relações administrativas, momento em que abrirá caminho para a discussão do direito à boa administração pública, tema a ser abordado no capítulo subsequente.

1.1 AS ORIGENS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Historicizar a sustentabilidade é tarefa árdua não pela ausência de registros históricos sobre o tema ou pelo seu excesso de informações, mas pela inexistência de uma cronologia linear e precisa das circunstâncias que, com o passar do tempo, levaram à construção da ideia de desenvolvimento sustentável como a concebemos atualmente.

Parham⁸, por exemplo, chega mesmo a duvidar da existência de uma história da sustentabilidade. O autor argumenta que, embora a sustentabilidade ecológica não estivesse literalmente presente no século XIX, padrões contemporâneos de pensamento a anteciparam.

Certo é que, ao menos etimologicamente, a origem da sustentabilidade é incontroversa: a palavra “sustentável” provém do latim *sustentare* (sustentar, apoiar, conservar e cuidar). Sustentabilidade, nessa linha de raciocínio, é a habilidade ou capacidade de sustentar ou suportar uma ou mais condições, exibida por algo ou

8 Parham, John. “Sustenance from the Past: Precedents to Sustainability in Nineteenth-Century Literature and Culture.” *Literature and Sustainability: Concept, Text and Culture*, edited by John Parham et al., Manchester University Press, 2017, pp. 34. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/j.ctt1wn0s7q.9>. Accessed 2 Aug. 2022.

alguém.

Etimologia à parte, historicamente, a ideia de sustentabilidade remonta um período em que a Europa continental sofreu uma grave crise ecológica decorrente do desenvolvimento agrícola e da utilização da madeira ocorridos entre 1300 e 1350, que atingiram nível tal que quase levou ao total desmatamento da Europa.

Em resposta a essa crise, principados e cidades locais começaram a tomar medidas de reflorestamento em larga escala, promulgando leis fundadas na sustentabilidade, estabelecendo-se a ideia de que não se deveria desmatar madeira além do que pudesse crescer novamente, assim como plantar novas árvores para que as gerações futuras fossem beneficiadas, dando-se vazão ao manejo florestal sustentável⁹.

Essas novas medidas e legislações foram eficazes até 1800, período em que a Europa se deparou com mais uma crise ambiental e alimentar, ante o surgimento da Revolução Industrial, que acarretou uma profunda mudança na terra e no uso dos recursos naturais.

Sem excluir outros, os seguintes problemas ambientais podem ser apontados como tendo sido causados ou agravados pelo período da Revolução Industrial:

a) Alta concentração populacional, devido à urbanização acelerada; b) Consumo excessivo de recursos naturais, sendo que alguns não renováveis (petróleo e carvão mineral, por exemplo); c) Contaminação do ar, do solo, das águas; d) Desflorestamento; e) Alto índice de mortalidade infantil; f) Não existiam sistemas sanitários adequados que suportassem a demanda; g) O esgoto era jogado diretamente nos rios, sem nenhum tratamento, de onde as próprias companhias de esgoto retiravam o abastecimento de água das cidades; h) O desmatamento intensivo visando à criação de novas áreas agrícolas; j) A produção de carvão vegetal provocou o desaparecimento da maior parte da cobertura florestal da Europa no século XIX e início do século XX.¹⁰

Essa indiferença em relação à sustentabilidade, no período, teria sido ocasionada pela crença popular de que os recursos naturais seriam infinitos e que poderiam suportar uma intensa e irrestrita exploração¹¹ - ideia que, ainda hoje, é

9 Bosselmann, Klaus, *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance* (Aldershot: Ashgate Publishing, 2008), p. 33-34.

10 ARAÚJO, Rodolfo de Medeiros. *Manual de direito ambiental*. 1 ed. São Paulo: CL EDIJUR, 2012.

11 ARAÚJO, Rodolfo de Medeiros. *Manual de direito ambiental*. 1 ed. São Paulo: CL EDIJUR, 2012.

repercutida, tendenciosamente, por pessoas com alto nível de instrução¹².

Segundo Seara Filho, esse modo de pensar é:

(...) fruto de uma visão que encara a mãe-Terra como fonte gratuita de matéria-primas, supostamente inesgotáveis, e o homem como mero fator de proteção. Acontece que nem a natureza é infinita - temos uma terra somente-nem o homem nasceu apenas para produzir e consumir. Os anseios de seu espírito e a busca de significado para sua existência ultrapassam a preocupação com a posse de bens materiais.¹³

Entretanto, não tardou muito para a sociedade passar a questionar se o meio ambiente de fato suportaria tamanha degradação, sobretudo em razão dos sinais de sua relativa capacidade regenerativa.

Em parte, a consciência ambiental nesse período se deve aos grandes acidentes ambientais (desastres ecológicos, catástrofes ecológicas), decorrentes da destinação dos resíduos que sobravam dos processos produtivos, e que afetavam o meio ambiente natural e a saúde humana.¹⁴

Assim, naquele tempo, além dos problemas comuns decorrentes da superexploração de recursos naturais, o aumento do desenvolvimento industrial ocasionou uma maior má destinação de resíduos que, uma vez em contato com a natureza, contribuíram para o agravamento da crise ecológica.

Na década de 70, outro fator que cooperou para a expansão da consciência ambiental foi a popularização da obra *Primavera Silenciosa*, de Rachel Carson, que ficou conhecida por denunciar com bastante propriedade os problemas ambientais causados pelo uso de agrotóxicos, apontando especialmente a sua utilização sem prévio estudo dos seus efeitos no solo, na água e nos animais selvagens.

12 Nesse sentido, BRAGANÇA, DOM BERTRAND DE O. Dom Bertrand de Orleans e Bragança - Fala sobre seu livro *Psicose Ambientalista*. Defesa net, 2013. Disponível em: <https://www.defesanet.com.br/toa/noticia/10501/Dom-Bertrand-de-Orleans-e-Braganca----Fala-sobre-seu-livro-Psicose-Ambientalista-/>. Acesso em: 18/07/2022: "O renomado cientista brasileiro, o Prof. José Carlos Almeida de Azevedo, Doutor em Física pelo Massachusetts Institute of Technology (MIT), aponta não haver proporção entre a ação humana e a da natureza. O homem não tem possibilidade de mudar o clima. Como se pode achar que o homem influencie a natureza diante de tudo que está aí há milhões de anos? A natureza está aí dessa maneira, e deve continuar ainda do mesmo jeito por muitos milhões de anos."

13 PHILIPPI JR., Arlindo; PELICIONI, Maria Cecília Focesi [Editores]. Educação ambiental e sustentabilidade. Barueri: Manole, 2005, p. 270.

14 ARAUJO, Rodolfo de Medeiros. Manual de direito ambiental. 1 ed. São Paulo: CL EDIJUR, 2012.

O argumento convincente de Carson foi o de que o uso excessivo de químicos sintéticos para controle de pragas agrícolas introduziu essas substâncias químicas no ar, na água e no solo, em destino à cadeia alimentar, onde elas envenenam animais e humanos, causando uma ruptura nas diversas interdependências intrínsecas que compõem a ordem natural¹⁵.

A autora concorreu para levantar preocupações não apenas sobre os efeitos do uso de agrotóxicos na vida selvagem e, em termos humanos, no câncer de origem ambiental, mas, também, sobre os efeitos na reprodução humana a longo prazo, devido à exposição ambiental aos biocidas - o que, mais tarde, tornou-se ponto de referência para os estudos sobre a infertilidade humana decorrente do impacto ambiental de agroquímicos.

De acordo com Hawkins¹⁶, a obra continua sendo uma das melhores e mais concisas revisões sobre o tema dos pesticidas, com diversos de seus tópicos ainda sendo estudados na ciência. Em sua visão, o livro não apenas exaltou os ânimos de fabricantes agroquímicos e políticos, como também moldou a percepção popular sobre o tema de forma duradoura.

Na mesma época, evento de elevada importância foi a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (United Nations Conference on the Human Environment – UNCHE), realizada em Estocolmo em 1972, como uma resposta da Comunidade Internacional aos problemas ambientais.

Embora tenha representado um grande avanço na questão, a Conferência foi marcada pelo confronto entre as perspectivas dos países desenvolvidos e dos países em desenvolvimento. Dela, originou-se ainda a Declaração sobre o Meio Ambiente Humano, bem como um Plano de Ação que convocava todos os países a cooperarem na busca de soluções para uma série de problemas ambientais.

No mesmo sentido:

15 Hawkins, Thomas R. "Re-Reading Silent Spring." *Environmental Health Perspectives*, vol. 102, no. 6/7, 1994, pp. 536–37. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/4640499>. Acessado em: 2 Aug. 2022.

16 Hawkins, Thomas R. "Re-Reading Silent Spring.", p. 537.

Cumpramos ressaltar que, nessa conferência, havia um significativo interesse dos países industrializados e economicamente desenvolvidos em querer manter um controle sobre os efeitos da poluição ambiental e sobre a exploração dos recursos naturais, numa tentativa de submeter aos seus caprichos as perspectivas de ajuda financeira, de comércio e de crescimento econômico dos países do Terceiro Mundo.¹⁷

Já no discurso político e jurídico internacional, a expressão desenvolvimento sustentável ganhou força e contornos com a divulgação do Relatório “Nosso Futuro Comum” em 1987 - ou “Relatório Brundtland”, como ficou conhecido, por ser a Comissão responsável pela sua elaboração presidida pela Primeira Ministra da Noruega de mesmo nome -, em que se convencionou a ideia de que o desenvolvimento, para ser sustentável, deve satisfazer as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades.

Aos poucos:

(...) a expressão desenvolvimento sustentável e (...) a ideia da sustentabilidade foram imediatamente incorporadas à retórica oficial e vieram a enriquecer os vocabulários dos discursos acadêmicos, as propostas dos políticos e dos empresários, as ideias dos profissionais e militantes da área ambiental, assim como as teses dos sociólogos e economistas. Graças à eficácia dos meios de comunicação, a expressão desenvolvimento sustentável começou a fazer parte do linguajar cotidiano dos mais diferentes segmentos da população.¹⁸

O termo, portanto, a partir de então, passou a ser empregado para defender a preservação dos bens ambientais disponíveis, de modo a garantir às gerações atuais e às vindouras o mesmo nível de bem-estar e qualidade, numa ideia de solidariedade ou responsabilidade intergeracional.

Ocorre, porém, que se antes a palavra sustentabilidade era usada para denotar a mera ideia de “*não desmatar mais do que a floresta pode reproduzir*”¹⁹, sua semântica, outrora simplista, hoje envolve contornos muito mais sofisticados, passando a abarcar não apenas as florestas, mas a totalidade dos sistemas

17 PHILIPPI JR., Arlindo; PELICIONI, Maria Cecília Focesi [Editores]. Educação ambiental e sustentabilidade. Barueri: Manole, 2005, p. 258.

18 PHILIPPI JR., Arlindo; PELICIONI, Maria Cecília Focesi [Editores]. Educação ambiental e sustentabilidade, p. 264.

19 GEORGE, Geslin. Origin of the word 'Sustainability' and what it means in the 21st Century. Disponível em:

<https://allthingsustainable.shop/blogs/blog/asdv#:~:text=Etymologically%20the%20word%20Sustainability%20is,hold%2C%20keep%2C%20support>. Acesso em: 09, set. 2022.

biológicos, além de suscitar considerações de diversos fatores sociais e econômicos como pilares da conquista do bem-estar humano.

A ideia de sustentabilidade, afinal, não pode ser reduzida à mera análise econômica tradicional dos custos e benefícios, pois, de acordo com abalizada doutrina:

Não se cuida de preconizar a reducionista análise econômica de custo-benefício, preponderante no século vinte. Longe disso. A avaliação multidimensional da sustentabilidade, nos moldes articulados, não se identifica com a avaliação hiperbolicamente econômica, conquanto ostente traços em comum. É que promove o acréscimo enriquecedor, na equação avaliativa, dos indissociáveis componentes sociais e ambientais, relativos a valores não necessariamente monetizáveis.²⁰

Isto é, o desenvolvimento é social, ambiental, econômico, ético e jurídico-político, ou seja, multidimensional.

Nesse sentido, impende registrar que:

O desenvolvimento se justifica, interna e externamente, somente quando conjugado à sustentabilidade multidimensional, designadamente para observar regras, expressas e implícitas, derivadas do art. 225 da CF, que estipulam ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o ambiente equilibrado e preservá-lo para presentes e futuras gerações²¹.

Por conseguinte, é preciso resistir à tendência de abstração da ideia de sustentabilidade que a equipara às análises frias da lógica economicista, cujos efeitos perversos, como sói ocorrer, subtraem do importante conceito a valoração de cunho social que tanto é objeto de preocupação ética quanto é produto da vontade do legislador constituinte - este que, com a Constituição de 1988, idealizou um claro projeto de justiça social, distanciando-se da concepção tradicional do desenvolvimento como mero crescimento econômico dissociado do bem-estar humano.

Aqui, é pertinente a crítica aos indicadores estáticos de desenvolvimento humano e econômico:

20 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 287.

21 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Novo Prisma Hermenêutico**. Novos Estudos Jurídicos. Itajaí (SC), 2018.

(...) o constituinte pretende, nas relações jurídicas em bloco, favorecer o desenvolvimento sistêmico e integrado, o qual, sem aceitar postura passiva perante a natureza, imprime dignidade à atuação estatal, que promove, com a melhoria das ferramentas de governança, a prosperidade continuada, não o simplório e utilitarista crescimento econômico, medido no não menos simplório PIB.²²

Com efeito, modernamente há um relativo consenso quanto ao caráter multidimensional e sistêmico do conceito de desenvolvimento sustentável, com abrangência nas áreas ambiental, social, econômica e cultural.

Sachs afirma que:

Econômica, social, ecológica, política, as dimensões foram aumentando, e, mais do que nunca, o desenvolvimento aparece como um conceito pluridimensional. É, portanto, absurdo atrelá-lo à economia. É preciso inverter a relação. A economia é uma disciplina muito importante para o estudo do desenvolvimento. Os objetivos econômicos são fundamentais, mas não são o caro chefe do desenvolvimento. A economia deve ser recolocada em sua função instrumental (p.29). Se os economistas costumam pensar o horizonte temporal em anos, quando muito em décadas, os ecólogos pensam-no numa escala de tempo totalmente diferente, em séculos, milênios, dezenas de milA mios. Assim, evidentemente a descoberta da dimensão ambiental significou uma revolução no pensamento. Isso se aplica também à escala espacial. Não se pode falar unicamente da economia local ou nacional. Tem de se pensar o Planeta, e, por que não, a Biosfera (p.28).²³

Nessa esteira, aduz Amartya Sen:

"(...) a avaliação do desenvolvimento não pode ser dissociada da vida que as pessoas podem levar e da verdadeira liberdade que desfrutam. O desenvolvimento dificilmente pode ser visto apenas com relação ao melhoramento de objetos inanimados de conveniência ou com o aumento do PIB e da industrialização - apesar da importância que isso possa ter como meios para fins reais".²⁴

Não é difícil extrair essa mesma conclusão da leitura da própria Constituição Brasileira. O legislador constituinte, ao referir-se ao desenvolvimento como "valor supremo", não poderia estar se referindo a outro que não o sustentável.

De fato, pretender um desenvolvimento meramente econômico e estático, favorecendo o uso indiscriminado dos recursos escassos, afigura-se indefensável do ponto de vista da Constituição Federal de 1988.

22 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, p. 262.

23 PHILIPPI JR., Arlindo; PELICIONI, Maria Cecília Focesi [Editores]. **Educação ambiental e sustentabilidade**. Barueri: Manole, 2005, p. 273.

24 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 262.

Conforme observa a doutrina:

Apenas para recapitular: a Constituição, em seu preâmbulo, consagra o desenvolvimento como "valor supremo" ladeado pelo bem-estar, pela igualdade e pela justiça. Mas qual desenvolvimento? A leitura sistemática da Carta, aqui empreendida, sugere que só pode ser o desenvolvimento qualificado como sustentável, especialmente em função dos arts. 3º, 170, VI, e 225, da CF.

(...) Não custa reiterar: o desenvolvimento é social, ambiental, econômico, ético e jurídico-político. Tais dimensões, entrelaçadas indissoluvelmente, têm que impregnar as relações de administração de forma indelével. Bem observadas as coisas, o que prescreve o constituinte é o desenvolvimento intra e intergeracional, promotor do ambiente limpo e da equidade social, dado que os ambientes degradados e iníquos afetam negativamente o futuro da sociedade, em especial no atinente à saúde.²⁵

A essa altura, já é possível avistar que a concepção de desenvolvimento sustentável possui significado complexo. Antes da década de 70, esses dois vocábulos ainda não tinham formado a parceria que hoje se tornou conhecida por todos.

Para melhor compreender a expressão, é pertinente anotar que o mundo a partir da década de 50 observava um desenvolvimento exponencial em diversos indicadores de crescimento. Nesse sentido:

Os progressos passados foram acompanhados pelo enorme recrudescimento na escala de impacto humano sobre a Terra. Desde 1990, a população mundial mais do que triplicou. Sua economia cresceu 20 vezes. O consumo de combustíveis fósseis aumentou 30 vezes e a produção industrial, 50. A maior parte desse crescimento, cerca de quatro quintos dele, aconteceu a partir de 1950.²⁶

Daí o acréscimo do adjetivo sustentável qualificando o tipo de desenvolvimento. Afinal, se o crescimento ocorrido continuasse nessa elevada proporção, ele rapidamente se tornaria insustentável.²⁷

Ou seja, o desenvolvimento por si só, quando desenfreado, nem sempre é desejável, diante do risco de se tornar insustentável.

25 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

26 PHILIPPI JR., Arlindo; PELICIONI, Maria Cecília Focesi [Editores]. **Educação ambiental e sustentabilidade**. Barueri: Manole, 2005, p. 262.

27 PHILIPPI JR., Arlindo; PELICIONI, Maria Cecília Focesi [Editores]. **Educação ambiental e sustentabilidade**, p. 263.

Aqui, é impossível não associar o problema com a chamada “tragédia dos comuns”, que descreve a situação hipotética em que, em uma terra de propriedade coletiva, particulares fazem uso do pasto aberto de forma irrestrita, ao ponto de superexplorarem os recursos disponíveis, ocasionando com o tempo o seu esgotamento.

Ausentes normas de conduta destinadas a regradar o comportamento de cada particular, a superexploração dos recursos de uso comum logo os esgotaria, evidenciando, a longo prazo, um desenvolvimento insustentável do ponto de vista da escassez.

Em suma, desenvolvimento sustentável é expressão, termo ou ideia que, a despeito de sua multiplicidade de conceitos - muito em razão de ter sido abordada de forma pouco rigorosa na literatura acadêmica -, conserva em sua essência uma semântica simples, que melhor pode ser compreendida pelo seu significado oposto.

De fato, não faltam exemplos de desenvolvimento insustentável no cotidiano, tanto em termos ambientais, quanto econômicos, políticos e sociais.

Sob outro ângulo, a sustentabilidade é um conceito normativo que responde o que deve ser preservado, cujos argumentos são pautados na imaginação de um meio ambiente particular supostamente superior e, por essa razão, digno de ser mantido.

Segundo Miriam Greenberg:

Esse pode ser o ambiente natural de habitats e ecossistemas biológicos; o ambiente cultural da criação e experiência humana, o ambiente político-econômico das relações sociais de classe, poder, e acesso aos recursos; ou o ambiente de competição por capital, que privilegia a lógica e as necessidades do mercado.

E mesmo sendo dominante a sustentabilidade orientada ao mercado, ela não está sozinha no universo. Pelo contrário, existe em competição e frequentemente de forma direta com outras sustentabilidades que valorizam um tipo diferente de ambiente.

Enquanto múltiplas formas de sustentabilidade coexistem e competem entre si, elas não o fazem em pé de igualdade. A sustentabilidade orientada ao mercado tem se tornado dominante, e um novo senso comum. (tradução livre).²⁸

28 “*This might be the natural environment of biological habitats and ecosystems; the cultural environment of human creation and experience; the political economic environment of social relations*

Não pairando dúvidas sobre as múltiplas formas de sustentabilidade que coexistem e competem entre si, a autora levanta a pertinente questão: de quem é a utopia que estamos construindo?

A mera tentativa de responder a essa simples questão, de acordo com a autora, torna evidente a natureza inerentemente política da busca pela sustentabilidade. E isso sem considerar que os ambientalistas tendem a ver e a apresentar o conceito como tão indiscutivelmente importante ao ponto de ser considerado "pós-político".

A busca por um futuro sustentável, nesse sentido, perpassa pela definição do que é ou não sustentável, o que, por via de consequência, nos remete à pergunta: *quem decide o que é e o que não é?*

Nessa linha intelectual, podemos, com Greenberg, sugerir que a sustentabilidade é um ideal utópico por excelência, que nos faz questionar sobre as coisas de grande valor no presente que devem ser mantidas no futuro, o que, vis-à-vis, também nos força a considerar as coisas que não são de valor e não devem ser mantidas.

1.1.1 Críticas à polivalência dos conceitos de sustentabilidade e de desenvolvimento sustentável

Dentre os críticos à multidimensionalidade do desenvolvimento sustentável, destaca-se Bosselmann²⁹, para quem o conceito perdeu seu significado a partir dos anos 80.

Não há como negar razão ao autor, uma vez que não são incomuns as críticas à vagueza e falta de precisão da expressão - a qual, não mais se

of class, power, and access to resources; or the competitive environment for capital, which privileges the logics and needs of the market. And yet, dominant as market-oriented sustainability may be, it is not alone in the universe. Rather it exists in competition and often outright with other sustainabilities that value a different kind of environment. While multiple forms of sustainability coexist and compete, they do not do so on a even playing field. Market-oriented sustainability has become dominant, and a new common sense." in Greenberg, Miriam. **"What on Earth Is Sustainable?: Toward Critical Sustainability Studies."** Boom: A Journal of California, vol. 3, no. 4, 2013, pp. 54–66. JSTOR, <https://doi.org/10.1525/boom.2013.3.4.54>. Accessed 2 Aug. 2022.

29 Bosselmann, Klaus, *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance* (Aldershot: Ashgate Publishing, 2008).

restringindo ao seu uso no contexto ecológico-ambiental, incorporou modernamente tantos significados distintos quanto possíveis no discurso político e jurídico do direito internacional.

Nesse sentido:

Sintética e genérica de um lado e, de outro, repetida à exaustão sem submeter a outras análises mais profundas, a expressão desenvolvimento sustentável, a exemplo de determinadas expressões, acabou ingressando nas fileiras de um processo de repetição irracional. Virou um discurso com a força de uma retórica oficial sem, todavia, clarear exatamente o que quer dizer, dando margem às mais diversas interpretações, muitas vezes motivadas pelos interesses ou pelas ideologias de cada um. Em consequência, percorrendo um labirinto de ideias, costuma-se correr o risco de transformar-se em um bordão que acaba por confundir o entendimento completo. E, se os termos forem ambíguos, prevalece a lei do antiquíssimo ditado latido que diz: *Quot capita tot sententiae* [Quantas cabeças, tantas sentenças], bastante conhecido entre nós.³⁰

Não obstante as críticas decorrentes da polissemização da palavra, Bosselmann aponta para a necessidade de se distingui-la enquanto termo e enquanto ideia.

É que, segundo o autor alemão, como termo, a expressão seria de fato demasiado vaga e desprovida de apelo normativo, em razão de seu uso cada vez mais impreciso e generalista. Como ideia, todavia, conservaria o potencial de inspirar o pensamento intergeracional. Em outras palavras:

O termo tem sido usado em uma variedade de significados que o tornaram insignificante. Essa crítica, eu sugiro, confunde a ideia com o termo. Enquanto o termo tem sido mal interpretado, a ideia persiste e continua a influenciar nosso pensamento sobre o futuro (BOSSELMANN, 2008). (tradução livre)³¹

O aludido autor enfatiza que, de um modo geral, a importância da delimitação do conceito foi subestimada ao longo do tempo, dando azo à existência de suas múltiplas facetas. Essa falha é apontada como responsável pela sua aparente falta de normatividade e de aplicação no campo político.

30 PHILIPPI JR., Arlindo; PELICIONI, Maria Cecília Focesi [Editores]. **Educação ambiental e sustentabilidade**. Barueri: Manole, 2005, p. 264.

31 "(...) the term has been used in such a variety of meanings that it has become meaningless. Such criticism, I suggest, confuses the idea with the term. While the term may have been misused, the idea remains and continues to influence our thinking about the future", in BOSSELMANN, Klaus, **The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance** (Aldershot: Ashgate Publishing, 2008).

Em sua crítica, Bosselmann tem como premissa a ideia de que o desenvolvimento sustentável não se confunde com o equilíbrio entre as necessidades da geração presente e as das gerações futuras, tampouco entre as necessidades sociais, econômicas e ambientais. Dito de outro modo, traduz-se em conceito distinto da mera integração e da equidade intergeracional.

Para ele, o desenvolvimento sustentável só é juridicamente significativo quando interpretado como desenvolvimento baseado em sustentabilidade ecológica.

Dito de outro modo, não é o equilíbrio intergeracional, nem a integração entre as necessidades dos diversos tipos, mas, sim, a sustentabilidade ecológica que, na lição do autor, exerce papel preponderante.

Com isso em mente, o autor critica o Relatório Brundtland, reputando-o demasiadamente antropocêntrico em sua ênfase nas necessidades humanas e seu desprezo pelo fato de que estas só podem ser alcançadas dentro dos limites ecológicos.

Significa dizer que a ideia de equidade intra e intergeracional intrínseca ao conceito de desenvolvimento sustentável carece de um referencial para ser medida, nomeadamente a capacidade ambiental de preservar a base de recursos naturais.

Nessa perspectiva, a conclusão a que chega o jurista é a de que a integridade ecológica não deve competir com a prosperidade social e econômica, mas, sim, funcionar como uma pré-condição indispensável para a sua realização.

Ocorre que as críticas ao conceito de desenvolvimento sustentável, embora compreensíveis, partem de uma acepção do termo bastante reducionista.

Como afirma Juarez Freitas:

(...) reputar a sustentabilidade como exclusivamente ambiental seria leitura demasiado pobre e restritiva, vendo menos do que o texto constitucional almeja (por exemplo, é matéria de sustentabilidade a exigência de trabalho decente - ODS8, da Agenda 2030).³²

Dessa forma, conquanto se reconheça a relevância das ponderações de

32 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 271.

Bosselmann, mais coerente, entretanto, é reconhecer que a sustentabilidade pode ser compreendida em dois sentidos, um restrito ou ecológico e um amplo. O primeiro *"aponta para a proteção e manutenção, em longo prazo, de recursos por meio de planejamento, economização e obrigações de condutas e de resultados"*³³.

Em seu sentido amplo, todavia, a sustentabilidade se manifesta de forma multidimensional, a saber: ecológica, econômica, social, cultural, política-jurídica e tecnológica.

A propósito:

(...) a sustentabilidade para consolidar-se como paradigma dominante deverá ser construída a partir de múltiplas dimensões, que incluem as variáveis ecológicas, sociais, econômicas e tecnológicas, sem esquecer-se da jurídica, num contexto (globo/esfera) de comunicação ecológica⁴⁴, deliberação (democracias), e de comunhão dos sistemas.³⁴

Ademais, conforme assinala Barry, as divergências conceituais da palavra são, em maior ou menor medida, completamente naturais. Pressupondo que sustentabilidade significa deixar de herança às próximas gerações um mundo que valha a pena ser vivido ou mesmo passível de se viver, é evidente que haverá discordâncias entre os contemporâneos quanto ao grau de qualidade do legado das gerações atuais. Nas palavras do autor:

O outro ponto que me ocorre sobre os pessimistas é a sua tendência de citar a discordância sobre o conceito de sustentabilidade como base para rejeitá-lo. Mas não precisamos nos desesperar, desde que as divergências reflitam diferenças substantivas de pontos de vista. Assim, vamos supor que a preocupação com a sustentabilidade tenha origem na suspeita que articulei inicialmente: a suspeita de que estamos enganando nossos sucessores. Se assumirmos que isso significa que não devemos agir de modo a deixá-los com menos do que gostaríamos nós mesmos, e chamarmos isso de sustentabilidade, é claro que o conteúdo do termo dependerá crucialmente do que nós acreditamos que importa. Por exemplo, alguém pode presumir que o que importa é a utilidade, entendida como vontade-satisfação (tal pessoa é provavelmente um economista, mas economistas exercem grande importância na literatura da sustentabilidade). Outros irão discordar e propor uma alternativa. Não há nada de misterioso ou desacreditável nisso. De fato, é exatamente o que devemos esperar.³⁵

33 Real Ferrer, G., Glasenapp, M. C., & Cruz, P. M. (2014). **SUSTENTABILIDADE: UM NOVO PARADIGMA PARA O DIREITO**. *Novos Estudos Jurídicos*, 19(4), 1433–1464. <https://doi.org/10.14210/nej.v19n4.p1433-1464>.

34 Real Ferrer, G., Glasenapp, M. C., & Cruz, P. M. (2014). **SUSTENTABILIDADE: UM NOVO PARADIGMA PARA O DIREITO**, p. 1464.

35 "The other point that occurs to me about the pessimists is their propensity to cite disagreement about the concept of sustainability as a basis for dismissing it. But we need not despair so long as the disagreements reflect

Nesse ponto, outro problema deve ser adicionado à equação. Não apenas há dificuldades quanto à determinação da extensão do legado contemporâneo às gerações futuras, isto é, quanto ao tanto que se deve prezar por um planeta sustentável - em termos multidimensionais -, mas, consoante adverte Barry³⁶, as pessoas no futuro, à gerações de distância, poderão ter uma visão completamente diferente do que significa ser sustentável.

Com efeito, em razão do exponencial avanço da ciência, dezenas de anos a frente poderão fazer com que o conceito de sustentabilidade sofra uma substancial mutação social, passando a se identificar cada vez menos com a instituição de regras de condutas (*law enforcement*) e mais com o uso de tecnologias avançadas que permitam o uso sustentável de recursos naturais ou, até mesmo, desafiem a lei da escassez. Se estas tecnologias serão objeto de regulação estatal ou se serão adotadas de forma voluntária, é algo que foge à questão.

Além disso, não apenas não há consenso quanto à extensão da sustentabilidade a ser garantida, como também inexiste uma visão clara do futuro, especialmente dos interesses intergeracionais a longo prazo. Barry aduz:

O conceito central de sustentabilidade é, eu sugiro, que existe um X cujo valor deve ser mantido, na medida do possível, no futuro indefinido. Isso deixa em aberto a disputa quanto ao conteúdo de X. Eu já mencionei um candidato: utilidade, entendida (como na economia ortodoxa) como a satisfação ou vontade ou, como preferem chamá-la, preferência. A objeção óbvia a esse critério é que vontades são frequentemente dependentes do que é, ou do que se espera ser, disponível. Talvez as pessoas no futuro aprendam a encontrar satisfação em paisagens totalmente artificiais, em caminhar sobre grama sintética enquanto escutam o sons de pássaros eletrônicos no céu. Mas não podemos deixar de acreditar que algo terrível teria de acontecer aos seres humanos para que eles deixem de sentir falta de grama, árvores e pássaros.

substantive differences of viewpoint. Thus, let us suppose that concern about sustainability takes its origins from the suspicion that I articulated at the beginning: the suspicion that we are short-changing our successors. If we then take this to mean that we should not act in such a way as to leave them with less of what matters than we enjoy, and call that sustainability. It is clear that the content of sustainability will depend crucially on what we think matters. For example, one writer may assume that what matters is utility, understood as want-satisfaction. (Such a writer is unlikely to be anything other than an economist, but economists loom quite large in the literature of sustainability.) Others will disagree and propose some alternative. There is nothing either mysterious or discreditable about this. It is in fact, exactly what we should expect" in Barry, Brian. "Sustainability and Intergenerational Justice." *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*, no. 89, 1997, p. 50. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/41802067>. Accessed 2 Aug. 2022.

36 Barry, Brian. "Sustainability and Intergenerational Justice." *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*, no. 89, 1997, p. 51. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/41802067>. Accessed 2 Aug. 2022.

O critério vontade-satisfação não permite explicar o que haveria de errado com esse mundo.³⁷

Não obstante, há que se considerar a fraca substitutibilidade do capital artificial em relação ao capital natural, isto é, da substituição de recursos naturais por tecnologias humanas. O avanço científico, embora possa adiar o apocalipse ambiental com a substituição temporária de recursos escassos, não pode, por si só, evitá-lo. É o que afirma Goodland:³⁸

O capital artificial é um pobre substituto para a maior parte dos serviços ambientais, sem contar que a substituição de alguns sistemas de suporte à vida é impossível.

Um argumento convincente de que o capital artificial é apenas um substituto marginal do capital natural é a *reductio ad absurdum* em que todo o capital natural é liquidado em capital artificial. Nós podemos sobreviver a perda de fósseis de combustível, mas o que substituiria o solo e o ar que respiramos? Somente na ficção científica a humanidade poderia sobreviver respirando garrafas de ar de mochilas e comendo apenas alimentos cultivados em sistemas hidropônicos. Se há substitutibilidade insuficiente entre capital natural e capital artificial, então o crescimento da taxa de transferência deve ser severamente constricto e eventualmente interrompido. Conquanto novas tecnologias possam adiar a transição de crescimento quantitativo para desenvolvimento qualitativo e sustentabilidade ambiental, a degradação atual mostra que a tecnologia é inadequada.

Ademais, o autor observa que a transformação do meio-ambiente rumo à

37 The core concept of sustainability is, I suggest, that there is some X whose value should be maintained, in as far as it lies within our power to do so, into the indefinite future. This leaves it open for dispute what the content of X should be. I have already mentioned one candidate: utility, understood (as is orthodox in economics) as the satisfaction of wants or, as they are usually called, preferences. The obvious objection to this criterion is that wants are (quite reasonably) dependent on what is, or is expected to be available. Perhaps people in the future might learn to find satisfaction in totally artificial landscapes walking on the astroturf amid the plastic trees while the electronic birds sing overhead. But we cannot but believe that something horrible would have happened to human beings if they did not miss real grass, trees and birds. The want-satisfaction criterion does not enable us to explain what would be wrong with such a world".

38 "Human-made capital is a very poor substitute for most environmental services. Substitution for some life-support systems is impossible. A compelling argument that human-made capital is only a marginal substitute for natural capital is the *reductio ad absurdum* case in which all natural capital is liquidated into human-made capital. We might survive the loss of fossil fuels, but what would substitute for topsoil and breathable air? Only in science fiction could humanity survive by breathing bottled air from backpacks, and eating only hydroponic greenhouse food. If there is insufficient substitutability between natural capital and human-made capital, then throughput growth must be severely constrained and eventually cease. While new technology may postpone the transition from quantitative growth to qualitative development and environmental sustainability, current degradation shows that technology is inadequate" In Goodland, Robert. "The Concept of Environmental Sustainability." *Annual Review of Ecology and Systematics*, vol. 26, 1995, pp. 1–24. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/2097196>. Accessed 2 Aug. 2022.

sustentabilidade é pauta de urgência, de ação imediata, uma vez que não há tempo para colonizar a lua ou construir cidades no fundo do oceano. Nesse sentido, afirma que³⁹:

A transição para a sustentabilidade ambiental é urgente porque a deterioração dos sistemas globais de suporte à vida, que compõem o meio-ambiente - impõe um limite de tempo. Nós não temos tempo para sonhar em criar mais espaço de convivência, como colonizar a lua ou construir cidades no fundo do oceano. Nós devemos salvar o restante do único meio-ambiente que temos e investir tempo na regeneração dos danos ambientais já causados. Nós não podemos "crescer" em sustentabilidade.

Sob um enfoque antropológico, a noção de sustentabilidade apresenta-se como uma ideia universal, compartilhada entre diversas culturas, e que decorre em última instância do próprio instinto de sobrevivência social, que se manifesta de forma a garantir a perpetuação da espécie no espaço-tempo.

A propósito disso, destacamos:

Nesta perspectiva, a sustentabilidade tornou-se uma noção positiva e altamente prospectiva, que supõe a introdução de mudanças necessárias para que a sociedade planetária seja capaz de perpetuar-se indefinidamente no tempo e no espaço. Pode-se dizer que a sustentabilidade não é mais do que a materialização do instinto de sobrevivência social.

A solidariedade tem muito a ver com a sensação do pertencer a um grupo (tribo), de tal forma que os vínculos solidários e empáticos são mais fortes quanto maior for a participação no grupo. A noção do pertencer e do identificar na transnacionalidade alimenta-se da necessidade humana de viver em esferas, de buscar a segurança originária do ventre materno.

Com isso, para o campo jurídico, a sustentabilidade impõe não apenas a revisão de seus esquemas conceituais e estruturais, como também apresenta um novo ator ao direito (desconhecido até então), as gerações futuras, ou seja, o dilema da sustentabilidade ultrapassa em muito a lógica estruturante do Estado Constitucional Moderno e do Direito nacional, submetidos aos estritos limites de territorialidade de suas fórmulas sancionatórias. Ademais, a sustentabilidade impõe o princípio da solidariedade entre as gerações, "obrigando" as gerações presentes a incluir como medida de ação e de ponderação os interesses das gerações futuras.⁴⁰

Em conclusão, é possível observar que a polissemia em torno da ideia de

39 The transition to environmental sustainability is urgent because the deterioration of global life-support systems—which compose the environment—imposes a time limit. We do not have time to dream of creating more living space or more environment, such as colonizing the moon or building cities beneath the ocean. We must save the remnants of the only environment we have and allow time for and invest in the regeneration of what we have already damaged. We cannot "grow" into sustainability.

40 Real Ferrer, G., Glasenapp, M. C., & Cruz, P. M. (2014). **SUSTENTABILIDADE: UM NOVO PARADIGMA PARA O DIREITO.** *Novos Estudos Juridicos.*, 1433–1464. <https://doi.org/10.14210/nej.v19n4.p1433-1464>

sustentabilidade e de desenvolvimento sustentável remete à própria dinamicidade de ambos os conceitos, que guardam em seu núcleo semelhanças com a noção de justiça intergeracional, havendo, inclusive, autores que sustentam que aqueles nada mais são que um reflexo deste no discurso jurídico-político, reservando-se o uso do último às discussões propriamente filosóficas sobre o tema.

1.2 AXIOLOGIA CONSTITUCIONAL

Sustentabilidade é um princípio constitucional ínsito à ideia de desenvolvimento material e imaterial, que determina de forma direta e imediata a responsabilidade do Estado e da sociedade em assegurar, hoje, o bem-estar, sem inviabilizar o de amanhã.

De estatura constitucional, a sustentabilidade é um valor supremo, um objetivo fundamental, pelo qual exsurge a noção de desenvolvimento duradouro, condizente com as demandas contemporâneas.

Não sem razão, Juarez Freitas afirma que a sustentabilidade “é valor supremo (critério axiológico de avaliação de políticas e práticas) e objetivo fundamental da República (norte integrativo de toda interpretação e aplicação do Direito)”, além de ser dever fundamental (2012, p. 40).⁴¹

Ele define a sustentabilidade como sendo:

“(...) princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial (...)”. Refere que ela é princípio constitucional síntese, o qual impõe a proteção do direito ao futuro, pois determina “a universalização concreta e eficaz do respeito às condições multidimensionais da vida de qualidade, com o pronunciado resguardo do direito ao futuro”.⁴²

Canotilho, por sua vez, consagra a sustentabilidade ora como princípio, ora como dever. Quando a trata como princípio, menciona que é um dos princípios estruturantes do Estado Constitucional, ao lado da democracia, da liberdade, da juridicidade e da igualdade. “É um princípio aberto carecido de concretização conformadora e que não transporta soluções prontas, vivendo de ponderações e de

41 FREITAS, J. Sustentabilidade: Direito ao Futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 113, 40.

42 FREITAS, J. Sustentabilidade: Direito ao Futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 73.

decisões problemáticas”.⁴³

A sustentabilidade, em termos axiológicos, remete à realização de objetivos intergeracionais. Isto é, o valor da sustentabilidade pressupõe a proteção da dignidade dos seres vivos - indo além do prescrito no art. 225 da CF - incorporando a noção de bem-estar duradouro e não episódico. Logo, qualquer acepção imediatista é falha.

Como valor e princípio estruturante, a sustentabilidade molda a ideia de desenvolvimento, propugnando por um ambiente sustentável e duradouro, afinal, desenvolvimento sustentável não é qualquer desenvolvimento, mas um valor que vincula.

Mostra-se oportuno observar, presente esse contexto, a diferença entre crescimento econômico e desenvolvimento que é acentuada por Veiga (2010, p. 82), no sentido de que “o crescimento econômico, tal qual o conhecemos, vem se fundando na preservação dos privilégios das elites que satisfazem seu afã de modernização; já o desenvolvimento se caracteriza pelo seu projeto social subjacente”.⁴⁴ Neste sentido, busca-se a coexistência harmônica entre a economia e o meio ambiente no longo prazo.

Ocorre que para que o desenvolvimento seja alcançado faz-se necessário considerar o olhar além da dimensão ambiental, mas os aspectos sociais e econômicos de um país, tendo em vista que é imprescindível que a dimensão multidimensional do desenvolvimento sustentável esteja em consonância com as necessidades nos vários contextos - socioeconômico, ambiental, político e cultural.

Na concepção do doutrinador Sachs, o desenvolvimento sustentável está constituído por cinco pilares, quais sejam:

- a) Social: fundamental por motivos tanto intrínsecos quanto instrumentais, uma vez que diferenças sociais existem de forma ameaçadora sobre muitos lugares problemáticos do planeta, inclusive no Brasil;
- b) Ambiental: sistema de sustentação da vida como provedor de recursos e

43 CANOTILHO, J.J.G.. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. Revista de Estudos Politécnicos Polytechnical Studies Review, 2010, Vol VIII, nº 13, p. 007-008.

44 VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 82.

como “recipiente” para a disposição de resíduos (muitas vezes produzidos desnecessariamente);

c) Territorial: relacionado à distribuição espacial dos recursos, das populações e das atividades;

d) Econômico: sendo a viabilidade econômica indispensável a um país;

e) Política: a democracia é um valor fundamental e um instrumento necessário para fazer as coisas acontecerem.⁴⁵

Aduz o festejado autor que “a promoção de meios de vida sustentáveis deve se tornar parte da linha mestra da estratégia de desenvolvimento e não pode ter sucesso sem a participação dos grupos e das comunidades locais”.⁴⁶ Desse modo, devem ser pensadas de maneira articulada, com a participação popular, as dimensões ambiental, econômica, social, cultural e política para a garantia do bem-estar da vida na terra.

Impõe-se, nesse aspecto, promover a garantia de liberdades positivas, entendidas, na esteira do pensamento de Isaiah Berlin, como aquelas que, em contraposição às negativas – que apenas designam um direito à não-contenção externa –, possibilitam o exercício da liberdade de autocontrole, compreendido mais abstratamente como a posse pelo indivíduo de recursos e de poder para realização de seus próprios interesses racionais.

É o que diferencia, por exemplo, a liberdade de locomoção – negativa, em que designa a ausência de controle externo –, e a “liberdade” de educação – positiva, em que denota a capacidade de autorrealização. Esta última, de um modo geral, naturalmente, possibilita na prática a formação de uma sociedade mais justa e solidária, devendo ser fomentada, em todo e qualquer caso, em conjunto com a primeira.

Com peculiar eloquência, discorre Amartya Sen:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de provação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância excessiva de Estados repressivos. A despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até

45 SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: includente, sustentável e sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p. 15-16.

46 SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: includente, sustentável e sustentado, p. 40.

mesmo à maioria. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social (...) de um sistema bem planejado de assistência médica e educação (...). Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade.⁴⁷

De mais a mais, para que ocorra a melhoria da qualidade de vida, o conceito de desenvolvimento, na lição de Milaré, “transcende o de simples crescimento econômico, de modo que a verdadeira alternativa excludente está entre desenvolvimento integral harmonizado e mero crescimento econômico”.⁴⁸

Com a formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação, o mundo se viu obrigado a desenvolver políticas que aumentassem os meios de proteção ambiental, objetivando criar mecanismos que permitissem a ascensão de novos direitos, apresentando uma forma jurídica que os legitime e estabeleça os procedimentos legais para sua defesa.

Neste sentido, “os novos direitos emergem do grito da natureza e das lutas sociais que reivindicam as formas culturais do ser humano”.⁴⁹

O autor aduz ainda:

A construção de novos direitos não é fundamentalmente nem tão somente um problema de tradução à linguagem jurídica dos princípios que se expressam no discurso oficial da sustentabilidade. Além deste problema técnico, o reordenamento jurídico que implica o reconhecimento de novos direitos envolve a legitimação, através da lei, de novas relações de poder. Os “novos valores” e as “novas visões do mundo” que se expressam no discurso do desenvolvimento sustentável ressignificam o mundo e constroem novos sentidos existenciais.⁵⁰

No Brasil, a Lei nº. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), trouxe previsão expressa do Princípio do Desenvolvimento

47 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo. Companhia das Letras, 2000, p. 18.

48 MILARÉ, É. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 5ª.Ed. ref, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 67.

49 LEFF, E. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Trad. Lucia Mathilde Endlich Orth. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 249.

50 LEFF, E. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Trad. Lucia Mathilde Endlich Orth. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 352.

Sustentável, sendo um marco na história da proteção ambiental, e apresentou também como objetivos a harmonização da economia e meio ambiente, insculpido no artigo 2º, da PNMA, conforme abaixo transcrito:

Art. 2º. A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

A Lei 6.938/81 em seu artigo 4º compatibiliza o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do Meio Ambiente e do equilíbrio econômico ecológico, conforme textualizado por Grau:

O princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário – e indispensável – à realização do fim dessa ordem, o de assegurar a todos existência digna. Nutre também, ademais, os ditames da justiça social.⁵¹

No passo seguinte, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 recepcionou a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e apresentou princípios da Política Global do Meio Ambiente. Podemos citar, por exemplo, o Princípio do Desenvolvimento Sustentável, esculpido no caput do art. 225 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

As preocupações com o meio ambiente fizeram com que o Direito Ambiental fosse reconhecido no plano constitucional, e assim, a Constituição de 1988 o eleva ao status de direito fundamental, a exemplo de um crescente número de constituições modernas. Conforme preleciona Canotilho:

Coube à Constituição – do Brasil, mas também de muitos outros países – repreender e retificar o velho paradigma civilístico, substituindo-o, em boa hora, por outro mais sensível à saúde das pessoas (enxergadas coletivamente), às expectativas das futuras gerações, à manutenção das funções ecológicas, aos efeitos negativos a longo prazo da exploração predatória dos recursos naturais, bem como os benefícios tangíveis e

51 GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 8ª ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 219.

intangíveis do seu uso-limitado (e até não uso).⁵²

Note-se, assim, que a ordem econômica, conforme expressa previsão no texto constitucional, deve observar o princípio da defesa do Meio Ambiente, buscando a conciliação de interesses e concessões mútuas entre o Direito Ambiental e o Direito Econômico. Neste seguimento, Derani assevera:

A decantada oposição entre economia e proteção ambiental - por consequência, oposição entre os objetivos do direito econômico e do direito ambiental - deixa de existir, plenamente, quando a política econômica adotada traz de volta o relacionamento da economia com a natureza de uma forma integrativa, e não para a atuação de pilhagem.⁵³

A autora acrescenta:

Os elementos que compõem a norma expressa no art. 225 estão, na realidade, interagindo com os elementos tratados pela norma no art. 170. Mais ainda, os fatos a que se reportar ou a que der ensejo alguma dessas normas, inclusive pelo seu caráter prospectivo, invariavelmente envolverão os elementos da realidade sobre os quais dispõe o outro artigo.⁵⁴

Faz-se imperioso destacar que cabe à participação popular integrar o conceito de desenvolvimento sustentável, sendo fundamental para o exercício da própria elaboração de políticas econômicas que objetivam a promoção do desenvolvimento sustentável, fomentando um desenvolvimento ambientalmente e economicamente viável, capaz de garantir o atendimento das necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras atenderem também aos seus desejos.

Com efeito, se revela necessária uma atuação estatal que dê ênfase à sustentabilidade visando o uso de práticas e métodos administrativos para a redução ao máximo do impacto ambiental das atividades econômicas nos recursos da natureza, uma vez que a gestão ambiental consegue reduzir os impactos ocasionados pelo desenvolvimento.

Sob tal aspecto, a ideia de sustentabilidade como valor supremo induz a uma profunda modificação do pensamento jurídico-político, no sentido de convertê-lo em

52 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 66.

53 DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 2008, p. 67.

54 DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 2008, p. 228.

uma noção de desenvolvimento durável e socialmente justo.

Constata-se que os indicadores de sustentabilidade, segundo Martins e Cândido, “são essenciais para concretizar um processo de desenvolvimento em bases sustentáveis”.⁵⁵ Logo, é fundamental que exista uma mudança paradigmática no que concerne ao comportamento do ser humano diante da problemática ambiental instaurada.

Busca-se o equilíbrio e a sintonia entre os atores de forma a garantir o estabelecimento e a obediência a premissas sustentáveis nos ambientes públicos e privados, conforme evidencia Sorrentino, ao afirmar que “é preciso despertar em cada indivíduo o sentimento de ‘pertencimento’, participação e responsabilidade na busca de respostas locais e globais que a temática do desenvolvimento sustentável nos propõe”.⁵⁶

Como valor supremo, vinculante e princípio de envergadura constitucional, a sustentabilidade se apresenta como princípio consequencial e deontologicamente estruturante.

Sublinhe-se que esse valor constitucional supremo é um princípio ético-jurídico, que determina o oferecimento de condições, objetivas e subjetivas, para fruição do bem-estar das atuais e futuras gerações. Cuida-se de um objetivo fundamental da República.

1.3 SUSTENTABILIDADE E DIREITO AO FUTURO

Na década de 70, o romancista, poeta e ativista ambiental Wendell Berry⁵⁷ cunhou a frase, pouco a pouco adaptada: “*nós não herdamos a Terra de nossos ancestrais; nós a pegamos emprestada de nossos filhos*”.

As palavras do escritor ambientalista representam uma mudança radical no pensamento humano - até então marcado pela visão de que devemos ao passado,

55 MARTINS, M.F; CANDIDO, G.A. **Índice de Desenvolvimento Sustentável – IDS dos Estados brasileiros e dos municípios da Paraíba**. Campina Grande: SEBRAE, 2008. p. 58.

56 SORRENTINO, M. **Desenvolvimento Sustentável e Participação**: algumas reflexões em voz alta. In: CASTRO, R. S. de. Et. al. (orgs.). **Educação Ambiental: repensando o espaço da cidadania**. São Paulo: Cortez, 2002, p. 19.

57 We Do Not Inherit the Earth from Our Ancestors; We Borrow It from Our Children. Quote Investigator, 2013. Disponível em: <https://quoteinvestigator.com/2013/01/22/borrow-earth/>. Acesso em: 02 de agosto de 2022.

mais do que devemos ao futuro, a terra em que vivemos.

Embora pareça contraintuitivo pensar que a sociedade deve algo ao futuro - o que se deve, sobretudo, à percepção linear que temos do tempo -, não menos absurdo, e paradoxalmente natural, é cogitar o futuro como uma página em branco a ser preenchida em conformidade com os caprichos humanos, e, sob esse ângulo, justificar o imediatismo na escolha de ações que afetem diferentes pontos temporais.

A esse confronto de vieses motivacionais, economistas e demais entusiastas do comportamento humano chamam de escolhas intertemporais.

O tema, genericamente considerado, é espinhoso e já foi objeto de amplos estudos. No presente trabalho, será abordado apenas de forma passageira, sob a perspectiva jurídica, representada pela teoria da justiça intergeracional.

No contexto do presente trabalho, referido tema estabelece os alicerces conceituais que embasarão a defesa de uma nova Administração Pública, alinhada à ideia de desenvolvimento sustentável, especialmente considerando os seus desdobramentos no âmbito do sistema regulatório, os quais serão abordados em capítulo próprio.

1.3.1 Fundamentos jurídicos da proteção das gerações futuras

Considerações sobre as implicações do reconhecimento de direitos às gerações futuras - ou seja, não nascidas - enfrentam dificuldade na doutrina tradicional. Não poderia ser diferente.

A comezinha lição de que a personalidade jurídica se inicia a partir do nascimento com vida, além de ter se tornado um truísmo no ambiente acadêmico, está consagrada de forma explícita no art. 2º do Código Civil, e as poucas discussões em torno da flexibilização dessa regra jurídica dizem respeito ao dissenso semântico de cunho embrionário e os seus polêmicos reflexos na pauta político-moral do abortamento.

A despeito disso, dialogar sobre a proteção de direitos das gerações futuras é de fundamental importância, sobretudo ao se considerar que a concretização de

diversos direitos fundamentais instituídos pelo legislador constituinte - muitos dos quais são rotineiramente afastados pela aplicação indiscriminada da teoria da reserva do possível - depende de uma guinada intertemporal na atuação do Estado-Administração.

Lara França Mendes, nesse compasso, questiona:

(...) de alguma forma já nos perguntamos qual seria o fundamento jurídico para proteção das gerações que estão por vir? Teriam estas gerações ainda inexistentes direito a um meio ambiente sadio? É tão instintivo tratar das palavras “gerações futuras” que sequer muitos ainda não pararam para pensar onde estaria a raiz jurídica que justifique esse sistema de posteridade.⁵⁸

Antes de responder aos questionamentos formulados, é preciso destacar o caráter multidisciplinar do tema, que vai muito além mera proteção ambiental, adentrando ao campo de diversas áreas do conhecimento e preocupando-se com assuntos nada semelhantes.

Com efeito, aduz a autora:

A futurologia, estudo do futuro, faz parte de um estudo multidisciplinar, que envolve direito, política, economia, sociologia, filosofia, psicologia e ecologia. O meio ambiente é apenas fatia do bolo, digamos que uma fatia grande das gerações futuras. O legado intergeracional envolve outras preocupações além do meio ambiente, tais como finanças públicas, demografia, segurança internacional, seguridade social.

Sob outro ângulo, observa-se que a questão sobreposta pelo tema da justiça intergeracional visa mitigar o déficit democrático das gerações futuras - as quais, uma vez inexistentes, carecem de representação nas diversas pautas intertemporais.

Mendes afirma:

O objeto dessa justiça intergeracional são as gerações futuras, que apresentam um déficit democrático, pois não existe, em regra, uma figura que lhes represente perante as questões ambientais. Atualmente, é construída uma governança ambiental global, em que se possibilita a participação democrática de vários stakeholders. Contudo, não há representação participativa dos interesses das gerações futuras.⁵⁹

58 Mendes, Lara França. **A justiça intergeracional**. Diss. 2016.

59 Mendes, Lara França. **A justiça intergeracional**. Diss. 2016.

Isso posto, como ponto de partida fundamental para a investigação do tema, adota-se a definição do conceito de geração e do interstício que separa uma da outra no plano temporal.

Nesse contexto, contrasta-se, de um lado, uma perspectiva matemática das gerações - que, de acordo com Comte, seria de 30 anos, tendo por ponto de partida o período em média que uma geração é substituída por outra na vida pública - e, de outro, uma perspectiva histórica ou social, em que o conceito de gerações se confunde com o encontro da coletividade com os processos históricos de mudança social.⁶⁰

A questão sobreposta não é de fácil colocação. Qualquer que seja o conceito adotado, a determinação do início e do fim de uma geração específica se revela uma tarefa difícil, uma vez que, num mesmo espaço de tempo, coexistem tantas gerações diferentes quantos forem os parâmetros conceituais que as distinguem uma das outras.

Aduz Mendes:

De fato, torna-se difícil delinear o início de uma geração e o seu fim. Uma geração futura entrelaça o passado e o presente diariamente. Ela não surge e desaparece no tempo linear e concreto. As pessoas de várias idades coexistem no mesmo espaço de tempo. Pode-se, assim, ao tratar de interesses ambientais futuros, não se referir, conforme Alexandre Kiss (2004), a “gerações”, mas, sim, a fluxo constante.⁶¹

Na visão da autora citada, melhor seria, portanto, falar-se em justiça intertemporal. De fato, o vocábulo intergeracional pressupõe uma precisão conceitual entre as gerações atuais e as gerações futuras que, na prática, é de difícil observação. No lugar desse critério, surge a intertemporalidade como definição mais precisa, pautada na clara distinção entre o contemporâneo e o não contemporâneo.

Sob tal aspecto:

A justiça intergeracional, objeto de preocupação ambiental, deve ser, portanto, entendida muito mais como intertemporal do que intergeracional, a partir do pressuposto de que diferentes gerações podem coexistir no mesmo espaço de tempo. Assim, a intergeracionalidade não pressupõe a intertemporalidade, devido ao fluxo constante do nascer, crescer e morrer do

60 Mendes, Lara França. **A justiça intergeracional**. Diss. 2016.

61 Mendes, Lara França. **A justiça intergeracional**. Diss. 2016.

ser humano, combinado com variações históricas, políticas, sociais e culturais que geram a convivência entre gerações diferentes em uma mesma dimensão temporal.⁶²

Não obstante, convergindo com o entendimento da autora, em razão da consolidação da expressão "justiça intergeracional", esta será adotada no presente trabalho, no lugar de "justiça intertemporal", de modo a evitar confusão entre os termos.

Em sequência, a abordagem do tema demanda a compreensão de sua necessidade. Numa linguagem simples, pode-se afirmar que a proteção de interesses das gerações futuras deriva antes de tudo de um dever moral, de natureza cívica. A norma jurídica que incorpora essa obrigação moral, seja ela constitucional ou não, apenas confere eficácia normativa à ética da proteção de interesses intergeracionais.

Com isso, substitui-se o tradicional discurso antropológico, caracterizado pela centralização do pensamento no indivíduo do presente, que molda e consome o meio ambiente ao seu bel-prazer - pelo antropocentrismo de intensidade moderada, em que o indivíduo, não obstante ainda ocupe um espaço central no pensamento, passa a ser compreendido por um ângulo intergeracional, que abarca, também, as gerações futuras.

No plano internacional, importante documento internacional de proteção dos interesses das gerações futuras foi a Declaração da Unesco de 1997, denominada Declaração sobre Responsabilidades das Gerações Presentes para as Futuras Gerações, que estabelece objetivos e regras de conduta voltadas à assegurar diversos interesses das gerações posteriores.

Em âmbito nacional, observa-se que a Constituição de 1988 inovou ao denotar uma preocupação especial com o meio ambiente, inexistente nos textos anteriores. De acordo com Mendes:

Esta influência foi tão positiva que o Direito Constitucional Brasileiro incorporou, em sua Constituição, aspectos antropocêntricos, ao proteger o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incluindo até

mesmo as futuras gerações, em razão de uma perspectiva ética.⁶³

Ademais, a Constituição Brasileira atual vai além e prevê de modo expresso o dever de todos de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Conforme afirma Sodré:

A primeira constatação essencial de ser feita é que a Constituição Federal acolheu, pela primeira vez, os direitos das futuras gerações. Para quem não opera com direito isto pode parecer pouco, mas dentro do mundo jurídico esta é uma novidade revolucionária: é possível reconhecer direitos das gerações que não nasceram e pleitear em juízo. Talvez esta seja a maior demonstração do que caracteriza direitos difusos no seu mais alto grau. De uma visão individualista, o direito parte para uma visão coletiva futura. No entanto resguardar direitos futuros pode significar restringir direitos individuais atuais. Ou seja, a atual geração não tem direito de viver padrões de consumo que torne insustentável a existência de seus descendentes; o que indica um conflito latente entre os direitos individuais da população atual com os direitos coletivos das gerações futuras. Para a garantia de padrões de produção e consumo sustentável para todos – atuais e futuros –, uma visão desta mudança de paradigma é essencial, pois a grande parte das discussões que acompanham a ideia de consumo sustentável tem como pano de fundo cenário de longo prazo.⁶⁴

A despeito da previsão constitucional, o fundamento jurídico para as gerações futuras ainda é de difícil absorção. Com efeito, a possibilidade de sujeitos inexistentes, tais como as gerações futuras, terem seus interesses tutelados, é de difícil consenso na doutrina jurídica.

Haarscher⁶⁵, por exemplo, compreende tais direitos de futuras gerações como “vagas exigências morais”.

Por outra via, é pertinente observar que o conceito jurídico de pessoa foi construído com o tempo, de forma gradual. No passado, o homem escravo era considerado coisa, de forma a não ter reconhecida a sua personalidade jurídica.⁶⁶

Ademais, Kelsen⁶⁷ já observava que da existência de um dever jurídico nem sempre se pode presumir a existência de um direito subjetivo reflexo. É o que ocorre, por exemplo, em relação aos deveres de condutas de indivíduos em face de animais.

63 Mendes, Lara França. **A justiça intergeracional**. Diss. 2016.

64 Mendes, Lara França. **A justiça intergeracional**. Diss. 2016., p. 61.

65 Mendes, Lara França. **A justiça intergeracional**. Diss. 2016., p. 62.

66 Mendes, Lara França. **A justiça intergeracional**. Diss. 2016., p. 64.

67 Mendes, Lara França. **A justiça intergeracional**. Diss. 2016., p. 76.

Em suma, o fato de determinado sujeito possuir um dever jurídico em face de outrem não implica, em todo e qualquer caso, a existência de um direito subjetivo adverso, sobretudo quando o destinatário se tratar de uma “coisa”, a qual não pode, por absoluta impropriedade, ser sujeito de direitos.

Dessa forma, a inexistência de personalidade jurídica ou da titularidade de direitos não constitui prejuízo à tutela dos interesses das gerações futuras. O reconhecimento de um dever jurídico por parte da geração atual, tanto da perspectiva do particular quanto do Estado-Administração, em face das gerações futuras, afigura-se suficiente para a proteção dos interesses intergeracionais, presumindo-se, é claro, que tal compromisso seja de fato observado.

1.4 SUSTENTABILIDADE NAS RELAÇÕES ADMINISTRATIVAS

No âmbito das relações administrativas, observa-se a existência de um conflito entre a velha administração pública, pautada na estrita legalidade, e a administração pública sustentável, decorrente da influência do princípio da sustentabilidade nas relações administrativas. A primeira, de acordo com Freitas:

(...) apoia-se na areia movediça do status quo. Entroniza a tirania da vista curta, boicota a inovação responsável," centraliza o poder top-down, celebra o emotivismo decisionista. Cultua a autoridade pela autoridade, fia-se nos poderes erráticos da discricção e patrocina o eclipse das metas universalizáveis. Como se não bastasse, insufla a informação assimétrica e nada faz para resolver agravando até - os dislates da seleção adversa e do risco moral.⁶⁸

Em contraste, a Administração Pública Sustentável atua exatamente no sentido contrário.

Conforme bem elucida o festejado autor:

Pauta-se pela racionalidade dialógica, virtuosa e preditiva, exercitando uma fundamentação lastreada em argumentos multidimensionais. Não presta vassalagem ao simplista crescimento econômico pelo crescimento, pois defende intervenções vocacionadas à universalização do bem-estar e da coesão social.⁶⁹

Nessa definição, destaca-se a atuação do princípio da sustentabilidade como vetor de expansão das dimensões pelas quais a discricionariedade do Administrador

68 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 222.

69 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 222.

Público deve ser entrevista; é dizer, não apenas pelo ângulo do reducionismo econômico, mas sob o prisma do bem-estar durável, que comporta os mais diversos valores sociais.

As relações administrativas, nessa senda, devem ser, a todo momento, pautadas nessa pré-compreensão - pois, de outro modo, a unidimensionalidade do pensar e do agir do Administrador Público apenas favorecerá condutas imediatistas, que no curto prazo são vistas com bons olhos, mas no longo prazo se afiguram insignificantes.

Presente esse contexto, ao fim e ao cabo, observa-se nas relações administrativas um *“jogo de impulsos adversariais (ganha-perde) versus inteligências cooperativas (ganha-ganha); do prazer imediato versus o bem-estar duradouro; da vista curta versus o pensamento que identifica demandas transgeracionais”*.⁷⁰

Teoriza-se, contudo, que esse embate entre o antigo e o novo Direito Administrativo aos poucos restará superado, a julgar pela influência cada vez mais significativa do princípio da sustentabilidade no âmbito das relações administrativas, de forma tanto interna quanto externa.

Como fator decisivo para a transição rumo a uma Nova Administração Pública, tem-se o necessário controle da qualidade decisória do administrador público, de forma concreta e empírica.

A propósito, afirma a doutrina:

Com esse pano de fundo, encarrega-se o novo Direito Administrativo de constitucionalizar as relações internas e externas do Estado-Administração, intensificando o aporte dos incentivos"" agregadores de benefícios líquidos. O que recomenda, antes de mais, o controle transversal, compartilhado"s e empírico da qualidade decisória (desde a fase inicial), em termos organizacionais° e normativos, com o checklist refinado - sem obsessões métricas despóticas 70 - das escolhas de vulto,71 em conformidade com propósitos que superam mandatos. Por certo, a ressignificação sistemática do Direito Administrativo, ensejada pela troca de pré-compreensões, faz com que a "finalidade cogente" (da qual falava Ruy Cirne Lima) alcance, no século em curso, a sustentabilidade como primeiro driver.⁷¹

70 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 222-223.

71 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, p. 224.

Sublinhe-se que a influência primordial do princípio da sustentabilidade na nova era do Direito Administrativo não tem o condão de solapar ou diminuir a importância dos demais princípios constitucionais que balizam a atividade administrativa, com destaque para o princípio da legalidade.

Aliás, o administrador público na Administração Sustentável continuará, em todo caso, adstrito aos comandos normativos que balizam a sua atuação; apenas que, além de dever observância à lei, sujeitar-se-á às balizas da juridicidade, do (auto)controle de distorções cognitivas e da influência do pensamento intergeracional.

Sobre a integração do princípio da sustentabilidade com o conjunto de princípios que orientam as relações administrativas:

Em primeiro plano, o princípio constitucional da sustentabilidade conecta-se à integra dos princípios regentes das relações de administração, influenciando-os e sendo por eles influenciado. Em segundo lugar, as mútuas imbricações se intensificam ao receberem a coloração límpida (mais do que verde) do novo paradigma, consolidando uma tábua orgânica de diretrizes fundamentais. É mais do que repelir arcaicos modelos da old public administration⁷⁴ ou da new public management. Trata-se de realizar opções principiológicas baseadas em evidências, ainda mais em face de disrupções tecnológicas sem precedentes.⁷²

Essa dinâmica principiológica, na qual o princípio da sustentabilidade dialoga com os demais princípios constitucionais de forma bilateral, mútua, tanto influenciando-os quanto sendo por eles influenciado, confere uma nova roupagem aos atos administrativos que, antes, eram vistos pela doutrina clássica como mera decorrência lógica do princípio da legalidade, sem reverência às diretrizes concretizadoras de direitos fundamentais, de múltiplas dimensões, eleitos pelo legislador constituinte.

Respeitado o diálogo principiológico, portanto, não há espaço para uma hermenêutica restritiva, que, em face de reservas à legalidade e ao possível, deixe de concretizar direitos fundamentais de forma efetiva. Na lição de Juarez Freitas:

Com efeito, o princípio constitucional da sustentabilidade não deixa de obrigar pela eventual ausência de regras legais expressas, razão pela qual, na via administrativa, qualquer visão débil do princípio, em termos eficaciais, configura o retorno ao culto (seletivo) do legalismo, com perversos sacrifícios

⁷² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.**, p. 230.

humanos. Dito de outro jeito, vedado o retrocesso hermenêutico, o Estado-Administração não pode fugir da aplicação da Lei Fundamental de ofício.» Mais: toda discricionariedade administrativa encontra-se plenamente vinculada à sustentabilidade, desde a fase interna dos procedimentos administrativos, uma vez que não se carece de regras legais para a encarnação do princípio constitucional.⁷³

Ainda de acordo com o mesmo autor:

Existem regras suficientes para reputar plena e imediatamente aplicável o princípio constitucional da sustentabilidade nas licitações e contratações administrativas". No entanto, mesmo no caso de omissão de regra legal ou administrativa expressa, não pode o intérprete-administrador se furtar do "compromisso de oferecer, motivadamente, a sua contribuição à efetividade dos princípios constitucionais de Direito Administrativo, entre os quais o da sustentabilidade.⁷⁴

De qualquer forma, no âmbito da discricionariedade administrativa, em que pese a inexistência de vinculação à vontade normativa, o administrador público deve estar vinculado ao menos à sustentabilidade de sua tomada de decisão, em termos multidimensionais, uma vez que o princípio constitucional em análise não perde força em razão da ausência de normas legais impositivas.

Nessa linha:

Revela-se equivocada a espera excessiva por adicionais regras expressas, uma vez que a demora, nesse caso, tende a ser corrosiva à eficácia nuclear do princípio constitucional. A vinculatividade direta do sistema não pode ser ofuscada, erodida ou obliterada pela inércia inconstitucional. O Estado-Administração não pode dar de ombros para os deveres adaptativos e mitigatórios, sob a alegação pusilânime de carência de regras expressas ou bizarro sacrifício das regras no altar pagão do déficit de normatividade. As regras jurídicas, por sua natureza instrumental, não podem, contraditoriamente, desservir à relevância do sistema jurídico. Encontram-se, por suposto, destinadas à catalisação eficaz de princípios, objetivos e direitos fundamentais.⁷⁵

Em suma, não se objetiva estimular o administrador público a atuar ao arrepio da lei, tampouco a deixar de observar a sua esfera de competência, mas a, meramente, cumprir o mister de suas atribuições regulatórias em consonância com o conjunto de princípios fixados pela Constituição Federal.

Por conseguinte, resta reconhecer que caminhamos a passos largos em meio à jornada de amadurecimento do Direito Administrativo, que extrai do Estado

⁷³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.**, p. 263.

⁷⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.**, p. 274.

⁷⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.**, p. 270.

Sustentável o ferramental necessário para a garantia do bem-estar durável e a concretização de direitos fundamentais que outrora, sob o manto da reserva do possível, eram jogados à zona de penumbra.

CAPÍTULO 2

O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 CONSTRUÇÃO JURÍDICA DE UMA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ponderar acerca do bom funcionamento da administração pública vai ao encontro dos objetivos constitucionais e é da essência do direito administrativo. A Constituição estabelece os alicerces e os fundamentos do Estado, enquanto o direito administrativo propicia os meios de exercício da função administrativa pelos órgãos estatais em conformidade com a ordem jurídica e a Constituição.

A atual relação cidadão-administração é diferente da tradicional contraposição entre administrado e administração, expressando uma relação mais horizontal do que vertical, e mesmo dialógica. Nessa lógica, os deveres constitucionalmente impostos se sobressaem.

É com essa premissa que se debate atualmente a noção de boa administração. Aliás, apesar das preocupações a respeito do papel do Estado e do fenômeno do poder político não serem de agora, a reflexão pertinente à noção de boa administração é relativamente recente, atendo-se à ascensão dos direitos humanos e fundamentais e encontrando espaço no direito comunitário europeu.

De forma genérica, o direito à boa administração pública pode ser compreendido como uma aspiração de toda a sociedade. A partir da premissa de que o Estado, por meio de seus agentes, deve atuar de forma vinculada ao interesse público e que, na prática, isso nem sempre acontece em sua plenitude, resta evidenciada essa relação da boa administração pública e esse anseio social.

A propósito de sua conceituação subjetiva⁷⁶:

Com efeito, o conceito de Administração Pública em sentido subjetivo, formal ou orgânico remete ao conjunto de sujeitos que enxergam a si mesmos como profissionais do direito administrativo, usam determinados

⁷⁶ ARAUJO, Liane Maria S. C. O PRINCÍPIO SUSTENTABILIDADE COMO COROLÁRIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO SÉCULO XXI. NAIS DA VI JORNADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. V.2, 2019, p. 8.

conhecimentos comuns para atuar e transmitem a sua cultura, de geração em geração. São estas pessoas as principais responsáveis pelo direito fundamental à boa administração ou bom governo, sem desconsiderar, é claro, o papel dos administrados para a construção de uma Administração Pública dialógica e eficiente.

O direito fundamental à boa administração pública reflete uma administração que cumpre com seus deveres, se pautando na transparência, imparcialidade, moralidade, o que vai ao encontro dos princípios encartados na Constituição Federal de 1988.

Nesse aspecto, ponto que perfilhamos: *o direito fundamental à boa administração é lídimo plexo de direitos, regras e princípios, encartados numa síntese, ou seja, o somatório de direitos subjetivos públicos.*⁷⁷

A boa administração pública advém de um necessário amadurecimento democrático, constituindo uma tarefa permanente que deve estar presidida por valores cívicos e qualidades democráticas, que são exigíveis a quem exerce o poder na Administração Pública a partir da noção constitucional de serviço objetivo ao interesse geral.

Pela importância, ressaltamos:

Boa administração é um ideal que se busca – permanentemente – e não uma estação de chegada, que se vá alcançar depois do desenvolvimento de uma trajetória previamente desenhada. É esforço recíproco, envolvendo uma cidadania que não está afeita a uma conduta ativa, e uma administração que ainda resiste à transparência. Direito fundamental à boa administração se apresenta como etapa subsequente de um longo e penoso amadurecimento democrático – e estará a exigir, como as etapas anteriores, determinação e aprendizado.⁷⁸

Sob uma outra perspectiva, o direito à boa administração:

(...) sinaliza para um tratamento imparcial e equitativo dos administrados, com duração razoável do processo e direito de resposta implícito no contraditório e na ampla defesa. Abrange ainda a publicidade dos atos da administração pública e a necessária motivação das decisões administrativas por parte da Administração Pública, com a decorrente reparação de danos porventura causados pelo ente público, suas instituições ou agentes, no exercício de suas funções. Alcança ainda o

77 FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública. 3. ed. São Paulo: Malheiros, p.21, 2014.

78 VALLE, Vanice Lírio do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. In Revista Interesse Público, Belo Horizonte, ano 10, n. 48, 2008, p. 105.

direito de obter esclarecimentos perante a Administração, no interesse do cidadão-usuário.⁷⁹

Em que pese a ausência de menção expressa do direito fundamental à boa administração na Constituição de 1988, é certo dizer que seu conteúdo normativo se encontra presente na referida Lei Maior. Nesse sentido:

No Brasil, a despeito de não mencionar o direito fundamental em estudo, a Constituição de 1988 possui previsão constitucional expressa de razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º) e tratamento imparcial e equitativo, com base no princípio da igualdade (art. 37, caput), com respeito ao contraditório e ampla defesa nos processos administrativos e judiciais (inciso LV do art. 5º).

Há, da mesma forma, expressa menção acerca da publicidade dos atos da administração pública (art. 37, caput) e da obrigatoriedade da motivação das decisões administrativas proferidas pelos Tribunais (inciso X do art. 93), cabendo reparação de danos ocasionados pelo ente público.

Por essa lógica, vislumbra-se, inegavelmente, a presença do conteúdo normativo pertinente ao direito fundamental à boa administração pública ou bom governo no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Logo, o direito fundamental em questão deve ser considerado para fins do exercício adequado da gestão da coisa pública na esfera nacional, no interesse dos administrativos.⁸⁰

Considerando que as relações de administração são de Estado e que o bom funcionamento dos serviços públicos perpassa pela sua continuidade, evitando os males da regulação estatal falha, episódica, uma regulação sustentável se revela como medida inerente ao bom funcionamento da administração pública, razão pela qual ambos os conceitos serão trabalhados oportunamente neste capítulo.

De mais a mais, fundamental analisar o processo de constitucionalização do Direito Administrativo, de modo a melhor compreender em qual contexto a regulação sustentável se demonstra inerente ao bom funcionamento da administração pública.

2.1.1 Constitucionalização do Direito Administrativo

Uma boa administração pública, certamente, é reverente dos princípios e valores de fundo constitucional. Com efeito, não há como se cogitar de uma evolução da máquina pública sem que, para tanto, tencione-se o emprego de

79 ARAUJO, Liane Maria S. C. O PRINCÍPIO SUSTENTABILIDADE COMO COROLÁRIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO SÉCULO XXI. NAIS DA VI JORNADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. V.2, 2019, p. 6.

80 ARAUJO, Liane Maria S. C. O PRINCÍPIO SUSTENTABILIDADE COMO COROLÁRIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO SÉCULO XXI. NAIS DA VI JORNADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. V.2, 2019, p. 6.

esforços estatais no sentido de alinhar, preventiva ou repressivamente, a atuação do administrador público com a vontade do legislador constituinte, que inseriu na Constituição Brasileira de 1988 uma representação fiel da vontade popular e do anseio cívico por uma sociedade mais inclusiva, igualitária, e, na mesma medida, sustentável.

Nessa esteira, o direito à boa administração pública também empresta força à teoria da constitucionalização do Direito Administrativo, liderada no Brasil por Binenboijm, Medauar, entre outros.

A Constitucionalização do Direito Administrativo pode ser entendida como um movimento de releitura de institutos e conceitos básicos da Administração Pública sob a égide dos princípios constitucionais e não apenas a mera adequação do direito ordinário à Constituição.

A necessidade de observância e resguardo do interesse público, materializada com a garantia dos direitos fundamentais, provoca, ao longo do tempo, uma maior e progressiva aproximação do Direito Administrativo com os valores constitucionais.

Sob tal aspecto, o Direito Administrativo passa a ser compreendido a partir dos valores constitucionais, assumindo a Constituição um papel central e balizador na reformulação da atividade administrativa, que acaba ganhando novos contornos.

Neste particular, a vinculação aos comandos constitucionais reflete uma mudança de paradigma no posicionamento do Estado e de suas atividades, de sorte que a percepção clássica do Direito Administrativo resta insuficiente, sendo urgente um novo modelo teórico.

O Direito Administrativo deve ir ao encontro da realidade, deixando de lado o modelo rígido, fechado e ultrapassado em prol de uma concepção sistêmica de administração pública, mais flexível e aberta, influenciada pelos direitos fundamentais e a Carta da República.

Mostra-se oportuno observar, presente esse contexto, que de acordo com Binenbojm (2005)⁸¹, três paradigmas sustentam essa visão clássica do direito administrativo, a saber: o princípio da supremacia do interesse público, a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, e, por último, a intangibilidade do mérito administrativo.

O primeiro, de acordo com o autor, fundamenta todo o conjunto de privilégios que sustenta o regime jurídico-administrativo.

O segundo, por sua vez, significa a total submissão do ato administrativo à vontade do Poder Legislativo - do qual se depreende a absoluta falta de autonomia do administrador público, que só poderia agir dentro dos parâmetros prescritos pela lei.

Por fim, o terceiro paradigma se traduz na insindicabilidade dos atos discricionários da Administração Pública, tanto por parte de órgãos de contencioso administrativa, quanto por parte do Poder Judiciário ou pela própria população mediante mecanismos democráticos de participação direta.

Como restará mais evidenciado nos fólios adjacentes, a concretização de uma Boa Administração Pública perpassa - sob uma perspectiva mais genérica e abrangente - pela aplicação do princípio da sustentabilidade nas relações administrativas, de sorte a evidenciar a assunção da Constituição como o instrumento principal de determinação da legitimidade de atuação do Administrador Público, acentuando a importância da desconstrução dos velhos paradigmas e da proposição de novos, assumindo a Constituição um papel condutor e determinante.

Binenbojm, nesse sentido, aduz que:

Na tarefa de desconstrução dos velhos paradigmas e proposição de novos, a tessitura constitucional assume papel condutor determinante, funcionando como diretriz normativa legitimadora das novas categorias sugeridas. A premissa básica a ser assumida é a de que as feições jurídicas da Administração Pública - e, a fortiori, a disciplina instrumental e finalística da sua atuação - estão alicerçadas na própria estrutura da Constituição, a partir das quais o Estado-Administrador deverá se organizar para proteger,

81 Binenbojm, G. (2005). Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista De Direito Administrativo*, 239, 1–32.

promover e compatibilizar direitos individuais e interesses gerais da coletividade.⁸²

Destaca-se a necessidade de “alinhar a atuação dos gestores públicos ao conteúdo principiológico do direito fundamental à boa administração pública, a partir da ressignificação da cultura jurídica administrativa existente”.⁸³

Cuida-se de erigir hodiernamente a ideia de constitucionalização do direito administrativo, de modo que o Estado-Administrador, em sua atuação, passe a adotar como vetores axiológicos os sistemas de direitos fundamentais e de democracia.

Afirma Binenbojm:

Tais vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (I) ao se situarem acima e para além da lei, (II) vincularem juridicamente o conceito de interesse público e (III) estabelecerem balizas principiológicas para o exercício da discricionariedade administrativa, fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo.⁸⁴

Em suma, nesse modelo de Direito Administrativo pós-constitucionalizado, é a Constituição, e não a lei, que passa a ser o centro da vinculação administrativa. Ademais, nele, a supremacia do interesse público sobre o privado perpassa ainda por uma redefinição do conceito de interesse público, que não mais deve ser confundido com a vontade do administrador, mas traduzir-se no concreto sopesamento de direitos fundamentais e valores metaindividuais previstos na Constituição.

Em outras palavras, propõe-se, na linha do pensamento de Binenbojm (2005), que o direito administrativo *"não tem mais como ser explicado a partir de um postulado de supremacia, mas de proporcionalidade"*.⁸⁵

O autor assim explica:

82 Binenbojm, G. (2005). Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista De Direito Administrativo*, p. 8.

83 ARAUJO, Liane Maria S. C. O PRINCÍPIO SUSTENTABILIDADE COMO COROLÁRIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO SÉCULO XXI. NAIS DA VI JORNADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. V.2, 2019, p. 8.

84 Binenbojm, G. (2005). Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista De Direito Administrativo*, p. 7.

85 Binenbojm, G. (2005). Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista De Direito Administrativo*, p. 8.

Com efeito, nota-se que não há como conciliar no ordenamento jurídico um "princípio" que, ignorando as nuances do caso concreto, pré-estabeleça que a melhor solução consubstancia-se na vitória do interesse público. O "princípio" em si afasta o processo de ponderação, fechando as portas para os interesses privados que estejam envolvidos. Dê-se destaque, outrossim, ao fato de a fórmula pré-concebida presente no "princípio" ir de encontro ao dever de fundamentação ("dever de explicitação das premissas") a que se sujeitam os Poderes do Estado.

Fato é que o "princípio" em questão, ao rejeitar as especificidades de cada caso, impondo uma única e invariável relação de prevalência do interesse público, termina por distanciar-se do princípio da proporcionalidade, mormente no que tange às suas acepções - adequação (o meio escolhido deve ser apto a atingir o fim a que se destina), necessidade (dentre os meios hábeis, a opção deve incidir sobre o menos gravoso em relação aos bens envolvidos) e proporcionalidade em sentido estrito (a escolha deve trazer maiores benefícios do que a restrição proporcionada) -, nas quais sobressalta a relevância da análise casuística pelo aplicador e intérprete da norma.

O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação a priori de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público ⁵³ aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais, e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade, impõem ao legislador à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.⁸⁶

Vê-se, pois, que o fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico abalou alguns dos mais tradicionais dogmas do Direito Administrativo, a saber:

- a) a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado e a ascensão do princípio da ponderação de direitos fundamentais;
- b) a superação da concepção do princípio da legalidade como vinculação positiva do administrador à lei e a consagração da vinculação direta à Constituição;
- c) a possibilidade de controle judicial da discricionariedade a partir dos princípios constitucionais, deixando-se de lado o paradigma da insindicabilidade do mérito administrativo;
- d) a releitura da legitimidade democrática da Administração, com a previsão de instrumentos de participação dos cidadãos na tomada de decisões administrativas (consensualidade na Administração).⁸⁷

⁸⁶ Binenbojm, G. (2005). Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista De Direito Administrativo*, p. 16-19.

⁸⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. 2.

Sem réstia de dúvida, o Direito Administrativo está renovado. Ganhou novos contornos com a Constituição Federal de 1988, sendo sua releitura obrigatória e de suma importância para a esmerada compreensão do direito fundamental à boa administração pública e, por conseguinte, da reconstrução do instituto da regulação estatal.

2.1.2 Discrecionabilidade e direito à boa administração pública

É consabido que a tripartição de poderes não encerra uma separação absoluta. As clássicas funções administrativa, legislativa e jurisdicional se entrelaçam de forma a constituir um todo harmônico, sem qualquer prejuízo à lógica da separação de seus poderes respectivos.

No exercício da função administrativa, preponderante - embora não exclusivamente - no âmbito do Poder Executivo, o gestor público, ao definir e desenvolver políticas públicas com o fito de atender à vontade da lei, vê-se comumente diante de um processo decisório composto de certa margem epistêmica de atuação.

Vale referir, no ponto, inteligência doutrinária:

Considerando que, na lógica da separação de poderes, compete precipuamente à Administração Pública implementar projetos legislativos e políticas públicas, fazem parte da rotina do administrador público situações diversas que demandam a tomada de decisões investidas, não raro, de larga margem de discrecionabilidade.⁸⁸

A influência exercida pelo pragmatismo jurídico trouxe à luz a importância da consideração do processo decisório - aspecto interno - das escolhas públicas. Como consequência, o legalismo que impunha ao Direito Administrativo tão somente observar a conformação do ato administrativo aos parâmetros da lei, aos poucos foi dando lugar para especulações em torno da necessidade de ponderação, à luz dos princípios constitucionais, sobre a própria tomada de decisão, mormente sob o aspecto qualitativo.

ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 30-31. Em sentido análogo: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. RDA, Rio de Janeiro: Renovar, n. 240, p. 31-33, abr.-jun. 2005.

88 FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

Essa guinada epistemológica, consequência da influência do fenômeno da constitucionalização do direito administrativo, apenas evidencia a necessidade de se reformular o instituto jurídico da discricionariedade administrativa - insindicável, de acordo com a teoria clássica, quanto aos aspectos de oportunidade e conveniência que fundamentam a tomada de decisão do administrador público.

Aliás, insta aludir que – segundo a melhor doutrina, as escolhas do administrador público:

(...) não são simples decisões discricionárias, escravas dos juízos de conveniência e oportunidade. São providências que não podem depender do ânimo benigno ou esclarecido do administrador. Apresentam-se como mandamentos do princípio constitucional da sustentabilidade e das regras que, expressamente ou por inferência, auxiliam a densificá-lo. No limite, o desperdício cristaliza afronta à sustentabilidade. A obra errada e inútil, o serviço nefasto e o produto nocivo compõem o acervo inadmissível de violações ao princípio.⁸⁹

Urge, portanto, superar-se referido conceito tradicional, de modo a, pouco a pouco, desprendê-lo do legalismo que diuturnamente contribui para a falha e a omissão do gestor público no atendimento às prioridades constitucionais.

Isso porque a discrição do agente público, entrevista pelo prisma de um dever fundamental à boa administração pública, há de encontrar limites cognitivos no próprio processo decisório, na fase interna de fundamentação do ato administrativo, em que o tomador de decisão deve observância ao caráter qualitativo das consequências diretas e indiretas da escolha pública.

É o que, com eloquência, afirma a doutrina:

O direito fundamental à boa administração vincula direta e imediatamente a discrição do gestor público. Uma vez ausentes os bons motivos para exercitá-la ou deixar de exercitá-la, o agente público resta vinculado aos motivos opostos.⁹⁰

Não se trata, todavia, de uma vinculação meramente axiológica em que o princípio do direito fundamental à boa administração sirva de mero parâmetro valorativo de discrição do administrador público.

Na visão retrorreferida, o ato administrativo, mesmo discricionário, deve ser

89 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

90 FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

submetido ao efetivo controle de juridicidade, sobretudo quando sua motivação se afigurar enviesada, inconsistente, incoerente, desproporcional e insuficiente.

Aliás, o controle da eficácia, entendido como a obtenção de resultados e processos compatíveis com objetivos sustentáveis da Constituição e não apenas como aptidão de produzir efeitos no mundo jurídico, é que exerce papel preponderante:

O controle mais significativo dos atos, procedimentos e contratos administrativos é o da eficácia (CF, art. 74), em lugar da simples eficiência ou da mera legalidade (CF, art. 37). Como asseverado, a eficiência, em situações paradoxais, pode até produzir mais velozmente o insustentável. Por isso, a densificação do princípio da eficácia (a obtenção de resultados e processos compatíveis com objetivos sustentáveis da Carta, não apenas aptidão de produzir efeitos no mundo jurídico) é que, em última instância, faz toda diferença. O Estado-Administração, ao contratar, não pode prosseguir claudicante na proteção ativa de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.⁹¹

Como visto, a eficácia traduz-se em parâmetro de orientação muito mais coerente que o da eficiência, objeto principal de estudo da Análise Econômica do Direito. Isso porque, esta, frequentemente associada à visão utilitarista de maximização de benefícios e redução de perdas, comumente conduz a um desenvolvimento insustentável do ponto de vista dos valores escolhidos pelo legislador constituinte, e diametralmente oposto ao sentido daquela. Complementa o autor:

Ao assinalar-se que a discricionariedade administrativa precisa estar, em alto grau, vinculada, de modo expresso, às prioridades vinculantes da Carta, quer-se deixar nítido que a escolha administrativa, como selo da discricionariedade legítima, só pode ser aquela decorrente da justa apreciação intertemporal dos custos e benefícios diretos e indiretos, nas fronteiras da juridicidade em sentido lato, que inclui a tutela de valores não econômicos, à diferença do cogitado pela análise utilitarista clássica de custo-benefício.⁹²

Dessa forma, introduz-se como critério de legitimidade do ato discricionário a consistente motivação intertemporal e o sopesamento das externalidades, de modo a aferir se a discrição do gestor público guarda um mínimo de consonância com as prioridades estabelecidas pelo legislador constituinte.

91 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

92 FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

E é importante que se diga que as referidas prioridades constitucionais, na medida em que se referem também a valores sociais - e não exclusivamente econômicos -, não são aferidas pela mera Análise Econômica do Direito, cujos vetores estáticos e calculistas, como bem apontado por parcela crítica, “*exclui princípios e valores morais relevantes para a dignidade do ser humano*” - justamente aqueles que a Constituição Federal de 1988 tanto estima -, apenas com o intuito de alcançar “*uma maior efetividade, maximização de riqueza e a mais eficiente alocação de recursos escassos*”⁹³.

Nessa linha intelectual, não há que se confundir, portanto, a proposta do Estado Sustentável com a abordagem tida pela *law and economics* - que, a despeito de se debruçar sobre objetos semelhantes, destacadamente as falhas de mercado e de governo e o decisionismo irracional, emerge a partir de ângulo meramente economicista ou, melhor dizendo, reducionista econômico.

Também não se quer com isso diminuir a importância da Análise Econômica do Direito para a reconstrução do discurso jurídico sob o manto da eficiência, já que, a seu modo e tempo, contribuiu de certa maneira para trazer à luz um enfoque severamente desprezado pela maioria dos juristas - em grande parte devido ao império do formalismo e vinculação estrita à lei -, a saber, a análise pragmática de consequências diretas e indiretas das normas jurídicas no âmbito econômico e em escala intertemporal.

De mais a mais, premente a importância de se empregar maior rigor na distinção entre a discricionariedade legítima e a mera arbitrariedade. Objetiva-se, dessa maneira, tornar explícita a motivação que ampara a escolha administrativa, “*submetendo-a ao teste de racionalidade intersubjetiva, de sorte a coibir toda e qualquer arbitrariedade, inclusive a do controle*”.

Para ser legítimo, o ato discricionário deve ser motivado à luz do direito fundamental à boa administração, descabendo falar em uma discricionariedade distante dos valores ínsitos a uma administração pública proba, eficaz e transparente, com visão de longo prazo e respeito ao princípio da sustentabilidade.

93 PARREIRA, Liziane; Benacchio, Marcelo. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. Prisma Jurídico, vol. 11, núm. 1, enero-junio, 2012, pp. 179-206.

Na ótica de Juarez Freitas, trata-se de:

“cobrar a vinculação das escolhas administrativas ao primado objetivo dos direitos fundamentais, de modo a compatibilizar o desenvolvimento econômico, o bem-estar social e o equilíbrio ecológico. Não se admite, sob nenhuma hipótese, uma discricionariedade distraída do direito fundamental à boa administração e de seus fins entrelaçados: equidade inclusive, combate às falhas de mercado e de governo, sustentabilidade eficaz do bem-estar social, ambiental, e econômico das gerações presentes e futuras, bem como acentuada visibilidade das ações e motivações políticas”.⁹⁴

Por outro ângulo, a discricionariedade do administrador público, como se sabe, está limitada pelas normas legais, além de outras restrições de natureza burocrático-institucional. Não causa estranheza, portanto, que a Administração Pública seja popularmente vista como uma máquina engessada, orientada à mera consecução dos meios para o fiel cumprimento da lei.

É certo, no entanto, que se antes a Administração Pública era vista como a mera aplicação da lei de ofício, não podendo extrair da Constituição as balizas de sua atuação, atualmente é indiscutível que se encontra vinculada à Carta Maior.

Não se pode olvidar ainda que, ao lado do princípio da legalidade, a Constituição Federal consagrou no caput de seu art. 37 outros quatro princípios administrativos explícitos, não fazendo qualquer distinção de grau entre eles.

Do agir do legislador constituinte, infere-se que a Administração Pública deve não apenas respeitar a lei em sentido estrito, mas também, e com a mesma importância, atuar com impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Milita ainda, em favor dessa compreensão, o fato de o Direito Administrativo se revelar um sistema aberto, passível de lacunas e contradições, as quais devem ser mitigadas pelo olhar do intérprete. Não se coaduna, portanto, com a visão legalista de um sistema fechado e dotado da mais ampla completude de normas, das quais se extrairia de forma inequívoca os parâmetros de atuação do gestor público.

Não por menos, os atos vinculados, a despeito da nomenclatura, não se traduzem em uma mera subsunção mecânica à norma jurídica, uma vez que sempre guardam um mínimo de discricionariedade, ainda que cognitiva e de determinação do

94 FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

conteúdo normativo.⁹⁵

Assim, tanto os atos administrativos vinculados quanto os discricionários devem se submeter ao controle de juridicidade. Estes últimos não deixam de ser sindicáveis apenas em razão da ausência de vinculação à norma jurídica, pois, em casos tais, a escolha eleita pelo administrador público deve ser escrutinada em termos de sua eficácia.

Afirma a doutrina:

(...) o princípio constitucional da sustentabilidade não deixa de obrigar pela eventual ausência de regras legais expressas, razão pela qual, na via administrativa, qualquer visão débil do princípio, em termos eficaciais, configura o retorno ao culto (seletivo) do legalismo, com perversos sacrifícios humanos. Dito de outro jeito, vedado o retrocesso hermenêutico, o Estado-Administração não pode fugir da aplicação da Lei Fundamental de ofício.⁹⁶

Eis alguns requisitos de juridicidade dos atos administrativos, a saber:

“a prática por sujeito capaz e investido de competência; a consecução eficiente e eficaz dos melhores resultados contextuais, nos limites da Constituição; a observância da forma, sem sucumbir aos formalismos teratológicos; a devida e suficiente justificação das premissas do silogismo dialético decisório, com a indicação clara dos motivos; objeto determinável, possível e lícito em sentido amplo.”⁹⁷

Em suma, não basta que o administrador atue em conformidade com a lei. Sua conduta há de ser constitucionalmente defensável, isto é, deve estar em consonância com os princípios constitucionais que balizam a atuação da Administração Pública.

Nesse sentido:

As decisões administrativas se amparam, via de regra, no argumento retórico de que as soluções para todos os casos concretos encontram-se escritas no Direito, sob o manto da legalidade. Todavia, para a efetivação do direito fundamental à boa administração e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tal visão minimalista representa verdadeira omissão, com prejuízo para as vidas humanas e não humanas, para as atuais e futuras gerações.

95 FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

96 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

97 FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

(...) é possível conceber a efetiva reforma do pensamento patrimonialista que busca respostas prontas no ordenamento jurídico e nas decisões das autoridades judiciais ou administrativas. Constatase, por conseguinte, que as decisões administrativas devem estar amparadas em argumentos razoáveis e coerentes, diante da realidade subjacente, e face a ausência de tratamento legal específico para o assunto.⁹⁸

Busca-se, dessa forma, aposentar o obsoleto “*controle unidimensional, legalista e despreocupado com o monitoramento de resultados e benefícios diretos e indiretos, a longo prazo*”.⁹⁹

Ao distanciar-se do atual estado de coisas, em direção a uma administração pública sindicável, intemporalmente coerente e alinhada aos propósitos constitucionais, espera-se elidir, pouco a pouco:

(...) a falsa liberdade que redunde em obras inúteis e superfaturadas, desregulações temerárias, ilusionismos contábeis, compras insustentáveis e empréstimos públicos distraídos de finalidades constitucionais.¹⁰⁰

A sindicabilidade de uma Boa Administração Pública, todavia, não deve ser confundida com o simples controle dos juízos de oportunidade e conveniência propriamente dito. Cuida-se, na verdade, do exame da imparcialidade do ato sindicado e da coerência e suficiência de suas motivações, à luz da observância da impessoalidade, eficiência, eficácia e, de modo geral, da sustentabilidade.

Na senda dessa percepção, objetiva-se afastar, de uma vez por todas, a insindicabilidade de atos administrativos essencialmente políticos, de modo a vincular efetivamente a atuação do administrador público aos motivos explícitos e implícitos por ele externalizados.

Dessarte, evidencia-se o escopo de superar o atual *status quo* da gestão governamental, em que se verifica, em quase todas as áreas, substanciais desvios de recursos públicos escassos.

Teoriza-se que essa desordem do uso dos recursos públicos se deve, se não em todo, em grande parte, à obsoleta noção clássica de discricionariedade - a qual,

98 ARAUJO, Liane Maria S. C. O princípio sustentabilidade como corolário da boa administração pública no século xxi. NAIS DA VI JORNADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. V.2, 2019, p. 12-13.

99 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

100 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

não comportando historicamente o menor nível de controle nem mesmo no que tange aos aspectos jurídicos da motivação e da coerência com os princípios constitucionais - fez surgir na Administração Pública um estado de coisas fundamentalmente inconstitucional, em que as diretrizes traçadas pelo legislador constituinte, mormente no que tange às políticas públicas concretizadoras de direitos individuais e sociais, não são atendidas ou são atendidas de forma insuficiente, sem o menor apreço pela visão de longo prazo.

Em função disso, aduz a doutrina:

(...) obras restam inconclusas, enquanto principiam outras altamente questionáveis. Traçados de estradas são feitos em desalinho com técnicas básicas de engenharia. Decisões de obras são tomadas em rompantes conducentes a erros amazônicos. Hospitais são sucateados, enquanto se iniciam outros. Materiais são desperdiçados acintosamente, Falta um sistema nacional de avaliação de custos, digno do nome. Confere-se prioridade aos contratos de curta duração, sem converter o contratado em parceiro de longo prazo. Realizam-se contratos com cláusulas que impedem a amortização de investimentos, acarretando dever indenizatório do Poder Público. Pratica-se desapropriação sem duração razoável, com altos custos para o erário. Descura-se do investimento em áreas estratégicas vitais, como é caso do controle de tráfego aéreo ou da educação contínua de qualidade.¹⁰¹

Mesmo em se tratando de atos administrativos discricionários, portanto, não se há de falar em liberdade pura para escolher ou deixar de escolher, ainda que, em tais casos, a atuação do administrador público guarde menor subordinação à legalidade estrita do que na consecução de atos vinculados.

Nesse mesmo compasso, inexistente subsunção normativa mecânica, como querem os formalistas, uma vez que, mesmo em se tratando de atos vinculados, o administrador público, ainda assim, sujeita-se a automatismos e distorções cognitivas em geral.

Não se pode olvidar ainda que os enviesamentos que maculam as escolhas administrativas podem ou não ser conscientes a depender do seu caráter personalista ou ilícito.

Não obstante, trazer à luz os enviesamentos a que estão sujeitos os administradores públicos, tornando-os mais evidentes, conquanto não possa por si

101 FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

só garantir uma boa administração pública, contribui para a quebra de paradigma e a formação de novos hábitos, que conciliam o presente e o futuro no intuito de promover escolhas administrativas compatíveis com as prioridades da Constituição Federal.

Cabe ponderar que não se trata de um desafio exclusivo da Administração Pública, uma vez que toda a sociedade, inclusive a iniciativa privada, está sujeita aos enviesamentos e às distorções cognitivas.

A diferença está no fato de que o administrador público possui o poder-dever de agir com imparcialidade, por determinação constitucional, premissa da qual se extrai a sua incumbência de minorar os efeitos dos enviesamentos, de sorte a tanto homenagear referido princípio constitucional, quanto fazer valer os demais princípios fundamentais prescritos pela Constituição Federal.

Conquanto inevitáveis, os enviesamentos podem ser controlados pelo exame concreto das motivações administrativas, tanto de forma interna quanto externa, sendo de bom tom que o próprio gestor público, em que pese fadado aos vieses, substitua os hábitos administrativos que fortalecem as distorções cognitivas; quer dizer, ganhe independência e senso crítico em relação às tendenciosidades de sua própria mente.

De outro ângulo, o dos atos vinculados, pode parecer à primeira vista que se trata de mera subsunção à lei, de estrita observância da norma jurídica, contudo, sabe-se que mesmo em atos tais o administrador público está sujeito aos enviesamentos, onde guarda uma certa dose de discricção.

Nesse viés, a real distinção entre os atos vinculados e os atos discricionários diz respeito apenas à intensidade da vinculação à norma jurídica, visto que, no primeiro caso, o administrador público emite um mínimo de juízo de valor necessário à determinação do conteúdo do comando legal e constitucional.¹⁰²

Esse reconhecimento de que mesmo na prática de atos vinculados o administrador público se vê diante de uma mínima discricionariedade, tem o condão

102 FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

de fortalecer o controle das motivações administrativas, em detrimento do antigo controle do “Estado Legislativo”.

Assim, à toda evidência, é lícito afirmar que o administrador público deve pautar sua atuação com base em motivos imparcialmente aceitáveis, vinculando-se ao controle interno e externo de suas razões. Não se cuida, todavia, de exigir do gestor público uma utópica escolha unívoca, mas meramente legítima e sustentável entre as prioridades constitucionais.

Nesse aspecto:

(...) de nada adianta o apelo ao cumprimento passivo de regras formais, se não houver uma gestão imparcial e comprometida com o direito fundamental à boa administração, que saiba lidar com os enviesamentos, escudada em planejamento intertemporalmente responsável.¹⁰³

Em conclusão, denota-se que, para ser legítima, a discricionariedade administrativa tem de ser pautada por princípios constitucionalmente defensáveis, em vez de ceder ao falso racionalismo, aos enviesamentos do *status quo*, ao viés do presente, e às falhas de mercado e de governo de um modo geral.

Ademais, é antiga a lição da doutrina clássica, pautada no legalismo excessivo, segundo a qual compete ao juiz tão somente analisar a legalidade do ato administrativo (competência, forma e finalidade), sem adentrar ao seu mérito (motivo e objeto), espaço no qual figuram os critérios de oportunidade e conveniência.

Entrementes, o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo tem contribuído pouco a pouco para a flexibilização desse entendimento, permitindo que, no caso concreto, possa o magistrado, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, exercer o controle da discricionariedade administrativa, desde que, ao fazê-lo, não substitua o mérito administrativo pelo mérito judicial¹⁰⁴.

Com efeito, já é tempo de distinguir entre, de um lado, o ativismo judicial que subtrai o mérito administrativo (substituindo-o pelo o do próprio julgador), e, de outro,

103 FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

104 Alves, Amanda & Fampa, Daniel. (2020). A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E SEUS REFLEXOS SOBRE A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. 5. 76. 10.26668/IndexLawJournals/2526-0073/2019.v5i2.5977.

o controle jurisdicional que escrutina tal mérito apenas para analisá-lo sob o aspecto de sua conformidade com os princípios constitucionais que balizam a atuação da Administração Pública. Este último não ousa, de forma alguma, invadir a esfera de competência do gestor público, tampouco tenciona infirmar a separação de poderes.

Em matéria de direito administrativo, o princípio da legalidade como hoje o compreendemos nem sempre significou a adstrição da Administração Pública à vontade da lei. No passado, assim como ao particular, ao Administrador Público era permitido fazer tudo aquilo que a lei não proibia, fase em que predominou a concepção do princípio da legalidade como “vinculação negativa”.

Foi no contexto da Segunda Guerra Mundial que a movimentação em favor dos direitos humanos provocou mudanças na liberdade de atuação do Poder Público, atraindo uma onda democrática de contenção da sua ampla discricionariedade. Sob a influência do positivismo jurídico, referido movimento de limitação do poder estatal, pouco a pouco, conferiu nova roupagem ao princípio da legalidade, que passou a ser interpretado como uma “vinculação positiva” do administrador público à lei, que apenas estaria autorizado, dali em diante, a agir estritamente dentro dos limites legais.

Atualmente, assiste-se, contudo, a uma terceira fase do Estado de Direito, em que o princípio da legalidade, paulatinamente, deixa de ser uma norma jurídica unicamente formal e passa a incorporar aspectos axiológicos, abandonando o formalismo de outrora em favor de uma concepção moderna de juridicidade, decorrente do processo de constitucionalização do Direito Administrativo.

A discricionariedade, como visto, denota poder de escolha do Estado que deve ser exercido pelos agentes públicos e, subsidiariamente, pelos entes privados responsáveis por executar funções públicas. Sua existência se justifica por dois motivos. A uma, porque o Poder Legislativo não detém capacidade de prever todos os fatos sociais que estão sujeitos ao controle ou intervenção estatal. A duas, porque, ainda que tal Poder fosse dotado de tamanha completude cognitiva, dificilmente poderia definir *ex ante* as medidas administrativas mais adequadas para cada caso concreto, tendo em vista que as possibilidades são infinitas.

É pertinente esclarecer também que a discricionariedade não se confunde com a ausência de lei. Na realidade, é o próprio legislador que, consciente da incompletude cognitiva de fixação de todos os critérios objetivos para a atuação estatal, confere ao aplicador do direito uma certa margem epistêmica de atuação.

Observe-se que o ato administrativo discricionário não deixa de ser arbitrário apenas por decorrer da delegação legislativa de certa margem de escolha pública. A discricionariedade também se diferencia da arbitrariedade por dever obediência a todo o sistema jurídico.

É dizer, em que pese o ato administrativo não se encontrar vinculado a uma norma jurídica específica - por o ter legislador, em razão da complexidade da matéria ou da infinitude de múltiplas escolhas possíveis de serem eleitas, delegado a tomada de decisão para o aplicador do Direito -, vincula-se a todo o sistema jurídico, devendo se manifestar em conformidade com o conjunto de normas jurídicas, sobretudo de índole constitucional, que regem o Estado Democrático de Direito.

Nesse ponto, calha rememorar que o poder de escolha do Estado não é exclusivo do Direito Administrativo. Na lógica da separação de poderes, cada Poder exerce, por meio de seus membros, parcela significativa de tomada de decisão que influencia, à sua maneira, respeitando as competências próprias de cada um, o ordenamento jurídico como um todo.

É claro que, no senso comum, as decisões tomadas pela Administração Pública se sobrassem em razão do escrutínio público sobre o desenvolvimento das políticas públicas. No entanto, tanto o legislador, no âmbito do Poder Legislativo, quanto o julgador, no âmbito do Poder Judiciário, desempenham poder de escolha no exercício de suas missões específicas.

Já não mais seduz a concepção clássica do juiz como um julgador neutro, incumbido de apenas aplicar a lei ao caso concreto. Com efeito, o pragmatismo jurídico tem contribuído para afastar essa visão distorcida do julgador como um jogador imparcial no litígio. Trouxe a lume as influências do solipsismo e da consideração de fatores extra-legais no processo decisório, com destaque para o

peso das consequências diretas e indiretas da escolha feita.

O acenado reconhecimento, todavia, não significa concordância. Traduz-se, antes, numa tentativa de evidenciar as distorções cognitivas do próprio julgador, em contraposição a fechar os olhos para as suas particularidades. Ao trazer para a superfície as circunstâncias do processo decisório, contribui para o estudo de seus impactos e para a busca por soluções institucionais que favoreçam a tomada de decisão neutra, aproximando o julgador do ideal de justiça.

Sobre o tema, articula Novelino¹⁰⁵:

O raciocínio decisório é um processo mental extremamente complexo desenvolvido, em boa parte, no "sistema intuitivo". Nele se misturam, de maneira anárquica, experiências e conhecimentos jurídicos e extrajurídicos formadores da pré-compreensão do juiz. Nessa fase de descoberta, são travadas contínuas e variadas batalhas internas até o momento em que um limiar é cruzado e o resultado interpretativo "acontece". Quanto maior a complexidade do caso a ser decidido, mais caótico e desordenado tende a ser o processo mental voltado a analisar e sopesar razões variadas, de pesos distintos e, muitas das vezes, antagônicas entre si. As ferramentas analíticas fornecidas pela doutrina (métodos interpretativos, diretrizes hermenêuticas, metanormas, parâmetros decisórios objetivos), desde que internalizadas, contribuem para orientar a busca pela melhor resposta, mas nos casos complexos raramente orientam o julgador a um único resultado possível. Após vivenciar uma batalha interna durante o processo de descoberta (heuresis) e sentir que a questão foi resolvida, o juiz inicia a justificação para explicar o resultado obtido e tentar convencer os demais interlocutores da legitimidade jurídica da decisão. Para fundamentá-la adequadamente, precisa organizar e dar coerência à profusão caótica de ideias e razões que o levaram a decidir. O raciocínio de justificação, empreendido pelo "sistema deliberativo", desenvolve-se de forma consciente, refletida, racional, organizada e analítica, embora sob a influência do sistema intuitivo, sobretudo, em casos complexos de alta carga moral e política.

Ademais, o antifundacionalismo - característica do pragmatismo filosófico, consistente em negar a existência de critérios objetivos para a tomada de decisão, reconhecendo, por outro lado, a preponderância do peso das consequências na escolha feita -, na vertente do pragmatismo jurídico, não conduz, por qualquer meio, ao enfraquecimento ou instrumentalização da heurística judicial em favor do consequentialismo decisório.

Na realidade, o que se convencionou chamar de pragmatismo jurídico não é uma teoria do Direito, tampouco fora apresentado como tal por qualquer de seus

105 NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. rev., ampl. e atual - Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

expoentes, tanto clássicos quanto contemporâneos. Bem analisado, é melhor definido como um método de argumentação, na linha do que afirma Eisenberg¹⁰⁶:

O pragmatismo jurídico não é uma Teoria do Direito. Aliás, nenhum de seus autores se propôs a elaborar uma. Nem Roscoe Pound, nem Oliver Holmes, nem Benjamin Cardozo elaboraram uma no início do século vinte, nem busca fazê-lo hoje seu principal expoente no mundo contemporâneo, Richard Posner. O pragmatismo jurídico consiste apenas de um método de argumentação que pode (ou não) ser adotado por operadores do direito no exercício de suas funções. Este método prescreve que (a) se analise o contexto de normas gerais e precedentes válidos que iluminam o contexto do caso particular, (b) se defina com clareza as consequências desejadas pela comunidade política para a ação engendrada, e (c) que princípios jurídicos, éticos ou morais, venham a ser mobilizados como simples instrumentos heurísticos no processo de fazer um juízo.

Também o legislador exerce um poder de escolha - muito mais evidentemente político que os demais -, dentro de uma margem de ação epistêmica. De fato, existindo meios similarmente adequados para o alcance de fins constitucionalmente protegidos, frequentemente, vê-se o legislador diante de uma certa discricionariedade epistêmica, dentro da qual, em razão da incerteza sobre as premissas empíricas que sustentam a posição, deve ser reconhecida a sua margem de escolha para optar por um ou outro meio.

É o caso, por exemplo, da (des)criminalização do uso da maconha, cujas vantagens e desvantagens não podem ser facilmente medidas em termos de suas consequências econômicas, sociais e políticas, devendo ser respeitada a escolha legislativa, mesmo quando não constatada a veracidade das premissas empíricas que dão suporte à tomada de decisão, mas apenas a sua incerteza.¹⁰⁷

De qualquer forma, certo é que o princípio da legalidade sofreu uma substancial alteração em decorrência do fenômeno da constitucionalização do direito administrativo. Isso porque, ao vincular-se à observância dos valores e princípios que passaram a orientar a atuação dos três Poderes do Estado, referido princípio restou consideravelmente ampliado, ao passo que a discricionariedade da Administração Pública, por consequência lógica, restou reduzida. Nesse sentido:

106 LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento . Breves comentários sobre o pragmatismo jurídico e o processo decisório judicial no Brasil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17 , n. 3218, 23 abr. 2012 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21595>. Acesso em: 2 ago. 2022.

107 NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. rev., ampl. e atual - Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

(...) se o princípio da legalidade foi ampliado e o Direito concedeu supremacia formal e material ao texto constitucional, o resultado previsível destes acontecimentos é que a margem de liberdade da autoridade pública foi inevitavelmente reduzida, ao passo em que o controle jurisdicional dos atos administrados foi alargado.¹⁰⁸

Cuida-se, portanto, de fenômenos antagônicos, de sorte que quanto maior for o alcance semântico da legalidade tanto menor será a discricionariedade da Administração Pública.

A redução da discricionariedade, no contexto em análise, não significa, todavia, a sua eliminação. O administrador público ainda poderá, como sempre o fez, exercer seu poder de escolha à margem dos limites legais - no entanto, sua discricção ficará limitada não apenas pela legalidade em sentido estrito, mas também pelos valores e princípios consagrados na Constituição (legalidade em sentido amplo).

Com essa releitura do princípio da legalidade, sucede que o ato discricionário ganhou nova forma, novos contornos. Para ser legítimo, há de visar a promoção do direito fundamental à boa administração, o que significa dizer que deve observar, em todo caso, os princípios e valores presentes no ordenamento jurídico como um todo, em especial os encartados no texto constitucional de 1988, cujas normas jurídicas reproduzem o anseio social da própria população.

Em contrapartida, na medida em que o princípio da legalidade é ampliado e a discricionariedade administrativa é restringida, o controle jurisdicional também expande, de modo a abarcar, igualmente, o exame da conformidade do ato administrativo às diretrizes constitucionais, consubstanciado na sua adequação ao direito à boa administração pública.

2.1.3 Motivação e direito fundamental à boa administração pública

As razões de conveniência e oportunidade do administrador público devem demonstrar, de forma expressa e suficiente, os fundamentos de fato e de direito; a estimativa de impactos e argumentos a favor da superioridade dos benefícios

108 Alves, Amanda & Fampa, Daniel. (2020). A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E SEUS REFLEXOS SOBRE A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. 5. 76. 10.26668/IndexLawJournals/2526-0073/2019.v5i2.5977.

(econômicos e não econômicos), no cotejo com os custos sociais, econômicos e ambientais; a comprovação de sincronia e congruência com as prioridades constitucionais, em dado contexto; as cautelas necessárias de responsabilidade fiscal, no tocante à ordenação de despesa.

Uma vez não explicitada essa motivação, resta prejudicada a análise de sua consistência e alinhamento às prioridades constitucionais, ou seja, o efetivo controle de seus enviesamentos.

Tomás R. Fernández classifica como arbitrário todo ato desprovido de motivação e sem qualquer vínculo com a realidade, fruto da mera vontade e capricho do administrador. Aduz, ainda, que a arbitrariedade possui duplo significado: em um sentido genérico, arbitrariedade é o reverso da Justiça e do Direito; em um sentido mais concreto, arbitrário é tudo aquilo que se apresenta como carente de fundamentação objetiva, como incongruente ou contraditório com a realidade que serve de base para as decisões.¹⁰⁹

Há a considerar, ainda, por relevante, a existência ou não de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados.

Nos conceitos jurídicos indeterminados, existe somente uma unidade de solução justa na aplicação do conceito a uma situação concreta. Já na discricionariedade, existe a possibilidade de pluralidades de soluções justas possíveis, como consequência do seu exercício. Logo, na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, não há um processo volitivo, como ocorre na discricionariedade, mas sim, um processo de aplicação e interpretação da lei.¹¹⁰

Sobre a temática, destacamos:

O Direito nem sempre pode realizar, de maneira adequada, sua função ordenadora, limitando-se a condensar, numa fórmula rígida, todos os aspectos multiformes das relações vitais, e aí reside a razão pela qual o legislador emprega conceitos mutáveis, indeterminados. Assim é que os conceitos 'ordem pública', 'bons costumes', 'eqüidade', 'abuso', 'justa indenização', introduzem uma multidão de conceitos sociais e econômicos no campo do Direito. Se o legislador aplicasse sempre conceitos rígidos, a vida,

109 FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. De La Arbitrariedad de la Administración. Madrid: Civitas, 1997. p. 81 e 160.

110 ENTERRÍA, Eduardo García de. La Lucha Contra las Inmunidades del Poder. Madrid: Civitas, 1995. p. 35-37.

que é movimento, faria com que eles se despedaçassem¹¹¹.

No âmbito do Direito Administrativo, o tema ganha demasiada importância, uma vez que se relaciona com a discricionariedade administrativa.

Neste particular, destaca-se o conceito de discricionariedade como:

Margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente¹¹².

Torna-se digno de nota registrar, no ponto, os escólios de Gustavo Binenbojm¹¹³, que trata das etapas do itinerário de juridicização da discricionariedade administrativa, da seguinte forma:

Possibilidade de sindicância dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários (competência, forma e finalidade), desenvolvimento de teorias de controle a partir de parâmetros implícitos na lei (como o desvio de poder, o excesso de poder e a teoria dos motivos determinantes), o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, o desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais.

Nas aludidas etapas evolutivas, depara-se com situações nas quais a discricionariedade abstratamente prevista na norma pode ser reduzida no confronto com as peculiaridades do caso concreto, quando somente um comportamento será possível para se alcançar a finalidade se vinculada aos princípios administrativos constitucionais. Por conseguinte, resta reduzido a margem de discricionariedade posta na norma, na atuação fática.

Anote-se que, ao obrigar-se o gestor público a expor a sua motivação, não se quer com isso cotejar as suas razões com as de quem exerce o controle, como se de modo a aferir quem detém maior razão, mas, tão somente, dialogar com os argumentos apresentados, examinando-se se estes, propriamente considerados,

111 RODÓ, L. Lopes. O poder discricionário da administração: evolução doutrinária e jurisprudencial, Revista de direito administrativo, v. 35., Rio de Janeiro, jan.-mar./1954, p. 44.

112 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 1998, p.48.

113 BINENBOJM, Gustavo. Da Dicotomia Ato Vinculado Versus Ato Discricionário à Teoria dos Graus de Vinculação à Juridicidade. In: Uma Teoria do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 211.

afigram-se consistentes e atendem efetivamente às prioridades constitucionais. Trata-se, em suma, de garantir o processo dialógico, inerente ao pluralismo e ao sistema democrático, que tanto tem sido ignorado em favor da discricionariedade solipsista.

Em outras palavras, já é tempo de superar as motivações lacônicas, genéricas e mutiladoras¹¹⁴, que se reproduzem nos atos administrativos praticados pelo gestor público.

O dever de motivação, aliás, torna possível o exercício de múltiplas instâncias de controle. Nesse sentido:

(...) a motivação serve, em primeiro lugar, como autocontrole para a autoridade que, por meio dela, é obrigada a estudar com rigor a sua decisão, tanto do ponto de vista material como do ponto de vista jurídico, cercando-se, assim, de garantias suficientes. Ela serve, igualmente, ao cidadão, que, graças à motivação, e só a ela, adquire condições de apreciar a legalidade do ato administrativo e as conveniências de um recurso. Ela facilita, enfim, controle jurisdicional, uma vez que a autoridade competente para examinar o recurso administrativo ou o tribunal administrativo podem comprovar qual situação e quais considerações levaram a autoridade a tomar a sua decisão.¹¹⁵

A sindicabilidade do ato administrativo exerce, sob esse prisma, uma função democrática de legitimação dos atos administrativos à luz de suas motivações e de sua conformidade com os princípios constitucionais. Nesse ponto, calha asseverar que:

(...) ganharam espaço os princípios implícitos, para além da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, como é o caso da sustentabilidade. Também previstos na Constituição e nas leis, em plena vigência, estes princípios passavam despercebidos na solução dos casos concretos que envolvem a Administração e o administrado, em razão do seu caráter bastante indeterminado e impreciso, como bem pontua Sundfeld. Contudo, constituem mandamentos de observância obrigatória pela Administração, assim com os direitos fundamentais, que por sua natureza principiológica e inafastável função dignificadora, gozam de proteção estatal.

Logo, sem desconsiderar a indiscutível relevância da noção de legalidade, subsiste para os gestores públicos o dever de obediência a outros princípios (em geral ditos "princípios gerais de Direito") que nem sempre estão escritos ou expressos na lei, mas são dignos de auxiliar o Direito em sua importante missão de regulamentar os fatos da vida humana com dinamicidade. Neste rol se inclui o princípio da sustentabilidade, que exige uma atuação positiva

114 FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

115 FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

de todos os atores públicos, face à velocidade das mudanças de um mundo globalizado e os inúmeros riscos e perigos com os quais o homem convive no contexto da sociedade de risco.¹¹⁶

A propósito, de acordo com Diogo de Figueiredo:

A sindicabilidade é, portanto, a possibilidade jurídica de submeter-se efetivamente qualquer lesão de direito e, por extensão, as ameaças de lesão de direito a algum tipo de controle. Assim, no campo do Direito Público, o princípio da sindicabilidade, de natureza instrumental, informará as teorias do controle de legalidade, de legitimidade, bem como de licitude, envolvendo a competência do controle, a provocação, os processos e os efeitos das decisões na aplicação dos instrumentos de controle disponíveis.¹¹⁷

Vale referir, no ponto, que a grande diferença entre atos administrativos vinculados e discricionários reside na sindicabilidade, ou não, pelo Judiciário. Em bom vernáculo, em havendo mérito, não há controle de legalidade, eis que um e outro se opõem; não existindo aquele, pode o ato ser analisado pelo magistrado.

Nota-se, assim, que a sindicabilidade configura-se como uma forma de conter abusos e deve ser interpretada sob o enfoque de uma nova sistemática do Direito Administrativo.

Reside, desse modo, em completo acerto os escólios doutrinários que se seguem:

O 'mérito' (atinente ao campo dos juzos de conveniência ou de oportunidade) não é diretamente controlável, mas o demérito e a antijuridicidade o serão, inescapavelmente. Mais que nunca, a discricionariedade legítima supõe o aprofundamento da sindicabilidade, voltada à afirmação dos direitos fundamentais, notadamente do direito fundamental à boa administração pública. No rumo desse expressivo avanço, força consolidar uma nova era dos atos administrativos, agora sob o signo promissor da motivação [...]"¹¹⁸

Com efeito, a discricionariedade administrativa resta vinculada à Constituição e aos direitos fundamentais, adquirindo um conteúdo axiológico, de valoração da conformidade da Administração Pública com os valores constitucionais, o que inclui,

116 ARAUJO, Liane Maria S. C. O PRINCÍPIO SUSTENTABILIDADE COMO COROLÁRIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO SÉCULO XXI. NAIS DA VI JORNADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. V.2, 2019, p. 14.

117 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014).

118 FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

não apenas a lei, em sentido formal, como também os princípios que são inerentes ao ordenamento jurídico.

CAPÍTULO 3

UMA RELEITURA DO MODELO DE REGULAÇÃO

3.1 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO REGULATÓRIO

Falar de Direito Regulatório - como bem observado por Justen Filho¹¹⁹ - pode à primeira vista soar redundante. A atividade desempenhada pelos operadores do Direito, mesmo em sua acepção mais incipiente a ser historicamente registrada, sempre se confundiu com a própria função regulatória do Estado. Operar o Direito, nessa perspectiva, é sempre, em certa medida, regular condutas humanas, individual ou coletivamente consideradas.

A despeito disso, a expressão Direito Regulatório, ao mesmo tempo em que reforça uma das funções estatais - que possui peculiaridades suficientes para se diferenciar das três tradicionais funções públicas: legislar, julgar e administrar -, também contribui para a formação de um campo de estudo próprio, dotado de especificidades doutrinárias que dialogam com temas multidisciplinares afetos à conjugação da atividade empresarial privada com a realização de valores e princípios fundamentais, em especial, mas não exclusivamente, no que se refere ao setor da prestação de serviços públicos.

O Estado Regulador é, antes de tudo, resultado de uma opção política. Ao optar por se abster de atuar diretamente na prestação de serviços públicos determinados, abrindo espaço para a iniciativa privada, a Administração Pública se vê diante da necessidade de regular fortemente as atividades dos particulares, à vista da relevância pública da atividade econômica por eles exercida.

Nem sempre, todavia, a função regulatória estatal assumiu contornos tão ostensivos. Antes do advento do Estado de Bem-Estar Social, o papel do Estado Regulador se traduzia em proteger a liberdade e a propriedade enquanto institutos jurídicos de elevado interesse público. O Estado *laissez-faire*, de cunho liberal, manifestava seu poder regulatório de forma predominantemente repressiva, de

119 JUSTEN FILHO, Marçal. O direito regulatório. Fórum Administrativo : Direito Público, Belo Horizonte, v. 6, n. 61, p. 6941-6953, mar. 2006.

modo a reprimir as violações à autonomia privada.

Com o surgimento do *Welfare State*, a atividade estatal regulatória abriu espaço para uma reformulação promocional de seus propósitos institucionais, passando a fazer uso de incentivos à adoção de condutas socialmente desejáveis. A influência do ativismo e do intervencionismo estatal contribuiu para remodelar o papel regulatório do Estado com vistas à promoção do bem-estar social, a redução das desigualdades e a garantia da dignidade da pessoa humana.

Aduz Justen Filho:

(...) a atuação regulatória do Estado se norteia não apenas pela proposta de atenuar ou eliminar os defeitos do mercado. Tradicionalmente, supunha-se que a intervenção estatal no domínio econômico destinava-se a dar suporte ao mecanismo de mercado e a eliminar eventuais desvios ou inconveniências. Já o modelo regulatório admite a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política ou social. O mercado não estabelece todos os fins a serem realizados na atividade econômica. Isso se torna especialmente evidente quando o mecanismo de mercado passa a disciplinar a prestação de serviços públicos. A relevância dos interesses coletivos envolvidos impede a prevalência da pura e simples busca do lucro.¹²⁰

Uma vez que se reconheceu o papel do Estado de modelar as relações sociais, a forma com que este se incumbiu de efetivar a sua missão social foi, naturalmente, através da atribuição direta do desempenho de atividades econômicas às organizações estatais.

Com efeito, se remodelar as estruturas econômicas, objeto de profunda desconfiança pública, é papel do Estado, nada mais natural que este mesmo avocar o desempenho da atividade econômica.

Nessa linha:

Ao longo do Século XX, a ideologia do Estado de Bem-Estar significou a assunção pelo Estado de funções de modelação da vida social. O Estado transformou-se em prestador de serviços e em empresário. Invadiu searas antes reputadas próprias da iniciativa privada, desbravou novos setores comerciais e industriais, remodelou o mercado e comandou a renovação das estruturas sociais e econômicas.¹²¹

Diversos fatores, contudo, contribuíram posteriormente para a redução da intervenção estatal direta na economia. Com o tempo, passou-se a sustentar que o

120 JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito Regulatório**. Ed. Fórum. Belo Horizonte, 2007, p. 10.

121 JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito Regulatório**. Ed. Fórum. Belo Horizonte, 2007, p. 2.

Estado deveria “*não mais atuar como agente econômico, mas como árbitro das atividades privadas*”.¹²²

De um modo geral, a descrença no Estado como agente econômico direto, incumbido da função de moldar a atividade privada puramente egoísta com contornos afetos ao interesse público e à promoção do bem-estar social, deu-se sobretudo em razão do reconhecimento da limitação do Estado como ator isolado ou preponderante no exercício da atividade econômica, paralelamente à descoberta da importância da sociedade civil, em colaboração com o setor público, para a consecução dos fins sociais que ela estima.

Não obstante, a redução da intervenção estatal direta na economia não significa, de qualquer forma, um retorno ao modelo liberal anterior, de cunho puramente repressivo e carente de contornos promocionais.

Com efeito, o reconhecimento do limite da atuação direta do Estado na promoção do bem-estar social por meio da modelação da atividade econômica, bem como a assunção da sociedade civil como parte integrante desse processo de mudança social, deu azo a um novo modelo que, embora menos intervencionista, ainda assim resguarda o propósito de promover profundas alterações sociais - mesmo que, para tanto, tenha de se valer de uma atuação predominantemente indireta, consistente na regulação da atividade econômica por meio da edição de atos normativos disciplinadores da atividade privada.

É tempo de reconhecer que o modelo de desenvolvimento econômico atual, de caráter preponderantemente tecnológico, produz externalidades que refletem no comportamento da própria sociedade, sobretudo de forma negativa. Diante disso, surge a necessidade de o Estado atuar como gestor de riscos, não apenas aqueles oriundos da exploração e descarte de resíduos naturais propriamente ditos, mas, também, os riscos intrínsecos ao desenvolvimento de novas tecnologias¹²³.

Tais riscos, todavia, nem sempre são evidentes e frequentemente passam

122 JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Regulatório. Ed. Fórum. Belo Horizonte, 2007, p. 4.

123 CENCI, Daniel Rubens; KÄSSMAYER, Karin. O direito ambiental na sociedade de risco e o conceito de justiça ambiental. **Anais do IV Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade (ANPPAS), Brasília-Distrito Federal**, v. 4, 2008.

despercebidos pelo olhar do indivíduo. Com efeito, assinala Beck¹²⁴:

A imediatez da miséria pessoal e socialmente vivida opõe-se atualmente à intangibilidade das ameaças civilizacionais, que só se apresentam ao conhecimento cientificizado e que não se referem diretamente a experiências primárias. São as ameaças que se servem da linguagem das fórmulas químicas, dos nexos biológicos e dos conceitos da diagnose médica. Essa constituição cognitiva não os torna porém menos perigosos. Ao contrário: intencionalmente ou não, por acidente ou catástrofe, em paz ou guerra, entram nas casas de um amplo setor da população calamidades e destruições diante das quais nos fogem as palavras, fracassa a imaginação e falha todo e qualquer conceito médico e moral.

Trata-se de ameaças globais peculiares que, pelas suas próprias circunstâncias, não são bem consideradas pela população em geral, quer porque esta se vê diante de ameaças mais próximas e imediatas – como a miséria social, quer porque tais riscos globais se afiguram meras possibilidades, que residem apenas remotamente no imaginário da maioria da população. Aguardar a confirmação dessa ameaça, contudo, conforme observa Beck, implicaria um irreversível autoaniquilamento. Daí a necessidade de o Estado, como uma organização impessoal e independente, incorporar a função de gestor de riscos, como forma de contornar o “feito da invisibilidade do risco” que se verifica na esfera social.

Exsurge, nesse prisma, a função regulatória do Estado, enquanto gestor de riscos diversos, tanto em sede administrativa, com ênfase no Direito Ambiental, quanto em sua forma punitiva, em que prevalece o poder/dever estatal de punir.

Canotilho¹²⁵, a propósito, chama atenção para o fato de os estudos jurídico-constitucionais terem dedicado pouco tempo à problemática da constituição como um sistema aberto de democratização e de controle. De fato, fogem à análise “pura” do direito constitucional diversos temas de interesse público, em razão, sobretudo, de sua sensibilidade política. É o caso da crise na representação parlamentar, bem como do sistema político como um todo, cuja corrupção se revela um problema sistemático. Por detrás da postura neutra do Estado diante desses temas, oculta-se também a discussão sobre:

124 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2 ed, 2011.

125 CANOTILHO, José Joaquim Gomes O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios / J. J. Gomes Canotilho **Revista de Direito Público e Regulação, Coimbra**, n.1 (Maio 2009), p. 103-111.

utilização de formas de cooperação e de organização jurídico-privadas no exercício de funções públicas, à recepção de modelos de governance no âmbito das políticas públicas, à crescente importação de uma “república de reguladores” (desde entidades independentes no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias, até às entidades reguladoras da concorrência e do mercado de valores imobiliários).

Na visão de Canotilho, “a simples menção destes temas insinua que, aos olhos do cidadão, talvez esteja aqui o “nó górdio da democracia” e não num sofisticado sistema de inconstitucionalidades, invalidades ou ilegalidades”¹²⁶.

Consoante Justen Filho, a solução “*reside em o Estado disciplinar juridicamente os limites da autonomia privada, funcionalizando o desempenho das atividades económicas relevantes e relacionadas com a satisfação de necessidades coletivas*”.¹²⁷

Dessa forma, o Estado, ao se afastar do ambiente económico, não deixa por outro lado de intervir – mesmo que de forma indirecta, nas relações constituídas pela actividade privada. Na realidade, a função regulatória do Estado surge como instrumento alternativo de concretização dos valores fundamentais por meio do setor privado.

Afirma o renomado administrativista:

A concepção regulatória retrata uma redução nas diversas dimensões da intervenção estatal no âmbito económico. Ainda que seja impossível estabelecer um padrão predeterminado, a regulação incorpora a concepção da subsidiariedade. Isso importa reconhecer os princípios gerais da livre iniciativa e da livre empresa, reservando-se ao Estado o instrumento da regulação como meio de orientar a atuação dos particulares à realização de valores fundamentais.

(...) o modelo de Estado regulatório exige uma intervenção muito mais consistente, de natureza interna. O Estado retirou-se do cenário económico. As necessidades coletivas devem ser satisfeitas pela atuação apenas dos próprios particulares. Mas esse afastamento estatal não o impede de exercer seu novo papel, constringendo os limites, os fins e a natureza da actividade privada.

Anteriormente, preconizou-se o exercício direto pelo Estado de funções económicas. O novo paradigma privilegia a competência regulatória. O Estado permanece presente no domínio económico, mas não mais como partícipe direto. Em vez de buscar pessoalmente a realização de determinados fins, vale-se do instrumento normativo e de suas competências

126 CANOTILHO, José Joaquim Gomes O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios / J. J. Gomes Canotilho **Revista de Direito Público e Regulação, Coimbra**, n.1 (Maio 2009), p. 110.

127 JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Regulatório. Ed. Fórum. Belo Horizonte, 2007, p. 5.

políticas para influenciar os particulares a realizar os fins necessários ao bem comum.¹²⁸

Esse recuo estatal, de Estado-Prestador para Estado-Regulador, não se traduz por qualquer ângulo em um retrocesso social. É, antes, uma evolução necessária, que ressignifica o papel do poder público na promoção do bem-estar humano, na redução das desigualdades e na garantia da dignidade da pessoa humana.

A propósito:

Ou seja, a intervenção estatal indireta é elevada à categoria de instrumento primordial de realização dos valores fundamentais no âmbito das atividades econômicas. Mais do que isso, a atuação direta do Estado é proscrita e somente pode ser admitida em situações de grande excepcionalidade.¹²⁹

Uma vez que o Estado se abstém de atuar diretamente como agente econômico, tanto o setor público quanto a sociedade civil se beneficiam da evasão estatal. O primeiro, porque se livra do encargo do exercício da atividade econômica específica, passando a se concentrar, tão somente, na regulação dos setores produtivos de interesse coletivo; porque, livre dos grilhões das falhas de mercado – e de governo – a que próprio estaria sujeito na condição de agente econômico, goza de uma maior neutralidade e de uma visão mais privilegiada da atividade privada e do ambiente concorrencial; porque, longe dos riscos da atividade econômica, corre menos perigo de se tornar excessivamente deficitário e de ocasionar consequências inflacionárias nocivas à toda a economia nacional. O segundo, porque goza de maiores oportunidades de mercado, decorrentes da evasão estatal de setores privados antes monopolizados pelo poder público; porque, não mais refém dos riscos inflacionários do intervencionismo estatal – que decorrem de uma falha inerente de governo, a saber, a ausência de incentivos para evitar o *déficit* público¹ –, vê-se diante de um mercado menos volátil, com índices econômicos e financeiros mais estáveis e representativos de uma economia de mercado orgânica, com pouca ou nenhuma intervenção estatal direta.

Sob uma outra perspectiva, a evasão estatal do setor privado – ao menos da

128 JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito Regulatório**. Ed. Fórum. Belo Horizonte, 2007.

129 JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito Regulatório**. Ed. Fórum. Belo Horizonte, 2007, p. 10.

função de agente econômico - também se revela coerente por ir ao encontro do reconhecimento das limitações epistemológicas do Estado em promover uma ordem econômica racional.

Guarda, pela mesma razão, maior consonância com a visão de uma ordem espontânea, na qual se reconhece que as instituições sociais e as atividades de mercado emergem de forma natural, não como produto do planejamento de um ente estatal centralizador, mas como resultado de processos espontâneos e pulverizados que, no todo considerado, favorecem o surgimento de soluções impossíveis de serem idealizadas e instituídas de forma verticalizada. Promove, assim, o império da racionalidade crítica, consciente das limitações da mente humana e dos vieses cognitivos a que ela se sujeita.

Observa-se que a atuação direta do Estado como agente econômico, longe de atender à expectativa criada de suprimir as falhas de mercado, apenas tornou mais evidente que o poder público, mesmo quando intervém diretamente na economia, também se curva a elas. Mais, sujeita-se a outras falhas, de natureza governamental, que não compartilha com os particulares.

Numa perspectiva mais abrangente, todo o exposto converge para a essencialidade do Direito Regulatório como instrumento de correção das falhas de mercado e de governo que, historicamente, solapam o desenvolvimento sustentável, ocasionando uma economia deficitária, um meio ambiente degradado, e, no plano político, um estado de coisas que não se coaduna com os valores sociais e objetivos programáticos eleitos pelo legislador constituinte.

Mas, para que o Estado-Regulador logre corrigir tais falhas e, de outro ângulo, desempenhe de forma eficaz o seu papel de promotor do bem-estar social, a função regulatória estatal deve ser relida à luz do direito à boa administração pública, sobretudo no que tange à tomada de decisão do gestor público.

É dizer, a busca por uma regulação sustentável perpassa, antes, por uma readequação da fase interna de motivação dos atos administrativos, em que o processo decisório, suscetível às mais diversas distorções cognitivas, demanda um

cuidado redobrado por parte do agente público.

Essa releitura do Direito Regulatório requer, ao mesmo tempo, a superação das obsoletas bases conceituais do Direito Administrativo legalista, em favor da consolidação de uma doutrina administrativista constitucionalizada, que dialogue com a visão de um desenvolvimento sustentável e articule políticas públicas voltadas à concretização de valores sociais diversos de fundo constitucional.

A essa altura, sobreleva-se a influência democrática no âmbito do Direito Regulatório, que passa a extrair da própria Constituição os valores fundamentais que há de proteger dos interesses individualistas de mercado, que tanto ameaçam a sua concretização e diminuem a sua importância. Justen Filho (2007), nesse sentido, afirma que:

O Direito Regulatório está permeado por essa concepção democrática, que privilegia o cidadão e reconhece o compromisso com a promoção dos valores fundamentais. A consagração desse modelo institucionaliza a atribuição de competências promocionais ao Estado e mobiliza toda a sociedade civil na realização desses valores.¹³⁰

Em suma, o Direito Regulatório Sustentável emerge como consequência de uma opção política de promoção de valores fundamentais, reverente dos parâmetros estabelecidos pelo legislador constituinte para o alcance de uma boa administração pública, *“que corresponde ao dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”*.¹³¹

3.2 REGULAÇÃO SUSTENTÁVEL

O principal objetivo do Estado regulador, concebido em termos abrangentes – não limitado às agências – se traduz em, com autonomia, cientificidade e um rígido planejamento, garantir a precaução, a prevenção e a correção tempestiva das falhas de mercado e de governo. E mais, de enfrentar os desvios comportamentais em um sentido mais amplo.

130 JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Regulatório. Ed. Fórum. Belo Horizonte, 2007, p. 16.

131 FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 22.

Sob tal perspectiva, as intervenções estatais indiretas devem assegurar e equilibrar da melhor forma possível os benefícios de longo prazo, perfazendo uma atividade regulatória compatível com as metas contemporâneas e as novas convergências.

Essa delimitação temática, contudo, não inibe o papel regulatório de corrigir as falhas de mercado ou de governo. Ela não se limita a isso, vai além. A atividade regulatória enfrenta, ainda, as falhas da própria sociedade.

Na senda dessa percepção, o modelo regulatório deve ser reconfigurado não apenas para aperfeiçoar sua função de corrigir tais ineficiências. Se faz necessária uma correção profunda na ótica míope do imediatismo oportunista, devendo ser incentivados comportamentos consistentes e duradouros.

É sob tal perspectiva que exsurge a imprescindível regulação sustentável, ajustada com o direito fundamental à boa administração pública.

Não sem razão, para uma melhor compreensão dessa nova forma de pensar a regulação estatal - próprio de uma boa administração pública - se fez e faz necessário entender o princípio constitucional da sustentabilidade, cujos efeitos se irradiam sobre o instituto jurídico da regulação. Aduz Freitas (2019):

Sob a influência do princípio da sustentabilidade, impende revisitar o tema da regulação. É que **os desvios comportamentais lato sensu (englobando disfuncionalidades de mercado e de governo) são fontes de grave perturbação sistêmica**. Realmente, os pleonásticos modelos regulatórios, que deveriam ter promovido a correção tempestiva de "falhas de mercado" (assimetria de informação, externalidades negativas, abuso do poder dominante e déficit de compliance), fracassaram de maneira rotunda, na crise mundial de 2008, já por deficiências no campo operacional (retrabalhos e sobreposições viciosas), já pela cegueira, premeditada ou não, quanto às evidências, como sucedeu em relação ao mercado bancário paralelo, que se instalou com espantosa facilidade tóxica, descrita por Paul Krugman.⁷⁸⁰

Em paralelo, os modelos obcecados com "falhas de governo"⁷¹ (na linha de George Stigler, com a sua "teoria da captura") contribuíram - ainda que involuntariamente - à desregulação alastrada, que tomou parte decisiva na formação do nexos causal da crise mundial. Crise cujas lições não foram suficientemente assimiladas até o momento.

No cenário internacional, não apenas os antigos modelos regulatórios falharam em sua tarefa de corrigir tempestivamente as falhas de mercado, como também as críticas à ortodoxia regulatória, lideradas pelos modelos de "falhas de

governo”, acentuaram a sua derrota, por atribuírem à política de regulação a responsabilidade pelos eventos que se desencadearam sobretudo no contexto da crise de 2008.

3.2.1 A necessidade de um novo olhar regulatório.

Um novo olhar ao modelo regulatório, certamente, deve estar alinhado à concretização do direito fundamental à boa administração - afinal, cogitar o inverso, ou seja, uma regulação desprovida de aspectos essenciais à boa administração, caracterizaria uma clara afronta ao princípio da vedação ao retrocesso social, de índole constitucional.

No entanto, não se pode olvidar os entraves culturais a esse novo modelo de regulação, em especial a insistência popular na crença da "mão invisível" do mercado, que diminui, sem razão, a importância do papel da regulação estatal.

Para a implementação desse novo modelo de regulação, mais do que nunca, sobreleva-se a necessidade de se conferir aos agentes reguladores relativa independência em relação ao governo, de modo a dotá-los de valores intemporais. Em outras palavras, a atividade exercida por tais agentes deve ser típica de Estado, ao menos no ponto em que se subjugue aos seus objetivos institucionais, de modo que se abstenham de satisfazer voluntarismos governamentais e particulares de curto prazo.

Nesse ponto, aduz Juarez Freitas:

Não se trata, bem de ver, de postular a independência que redunde em clima de discórdia entre a entidade reguladora e o poder concedente. Ao contrário. Os reguladores sustentáveis evitam a usurpação, pois reconhecem o peso da concatenação de esforços, a favor da prestação eficiente e eficaz da atividade estatal, reendereçada à multidimensional sustentabilidade.¹³²

Dotar os agentes reguladores de relativa independência não significa, de forma alguma, avultar um conflito de interesses entre o poder concedente e a entidade reguladora. O que se preconiza é, tão somente, garantir a autonomia do ator que, no jogo da regulação, detém maior expertise e objetividade para o exercício da função que lhe foi endereçada.

132 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

Trata-se, uma vez mais, de medida corretiva no plano interno, pois, conforme já ressaltado, a sustentabilidade aplicada às relações administrativas exige do gestor público um olhar atento não apenas para as falhas de mercado que objetiva controlar e regular, mas, sobretudo, às falhas de governo e às distorções cognitivas a que estão sujeitos os agentes da regulação estatal e demais participantes do processo regulatório.

O desempenho da função estatal regulatória, em moldes constitucionalmente orientados, configura uma importante temática hodierna, mormente influenciada pelo princípio da sustentabilidade.

As crises econômico-financeiras e ambientais só têm ressaltado a imprescindibilidade de encontrar a medida certa de intervenção estatal, de modo a possibilitar pressupostos cumulativos do desenvolvimento sustentável, restando ultrapassados os ditames conjunturais e episódicos de interesses públicos dissimulados.

Não sem razão, a temática da regulação estatal deve ser priorizada, sob uma perspectiva sustentável e alinhada com a boa administração como direito fundamental.

Neste particular, se faz necessário pensar em um novo modelo de regulação, orientado à correção intertemporal das “falhas de mercado”¹³³ (tais como assimetrias de informação, externalidades negativas, poder dominante, captura, custos desmesurados de transação etc.), bem como das de governo.

Uma regulação sustentável deve ser pensada sob o alicerce do direito fundamental à boa administração, dando azo a uma administração pública eficiente e eficaz, cumpridora de seus deveres, com transparência, imparcialidade e respeito à moralidade. Uma administração responsável por suas condutas omissivas e comissivas, que dialogue com o futuro.

A reconstrução de um modelo regulatório sustentável propugna por uma intervenção indireta do Estado, mediante providências administrativas voltadas ao

133 Vide, sobre falhas de mercado, entre outros, KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. Introdução à economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 394.

futuro, garantindo isonomia e equidade intergeracional.

Vê-se, pois, que uma regulação sustentável deve estimular a produtividade das políticas públicas de longo prazo, promovendo a internalização adequada de custos diretos e indiretos, com a exigência de precificação das externalidades negativas.

Mostra-se oportuno observar, presente esse contexto, que:

A regulação sustentável, aqui preconizada, é definida como a intervenção indireta do Estado-administração, que visa a implementar, com autonomia, as políticas constitucionalizadas (prioridades cogentes), via correção das falhas de mercado e de governo, em caráter promocional ou repressivo, de ordem a intensificar a eficácia dos direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.¹³⁴

Em suma, o Estado regulador é aquele que intervém de modo indireto, restringindo, limitando ou modulando as relações de propriedade, de consumo e de liberdade, mediante providências administrativas voltadas a um desenvolvimento duradouro e à equidade intergeracional, com foco na qualidade de vida e no equilíbrio ecológico.

A regulação sustentável, portanto, possui propósitos que transcendem a esfera econômica - sem negá-la - propugnando por um desenvolvimento integrado, material e imaterial, que não se confunde, por óbvio, com o crescimento econômico, a qualquer custo.

3.2.2 Características da regulação sustentável

É necessário ressaltar algumas características ínsitas a uma regulação sustentável, identificando pontos comuns a uma regulação isenta, proba e disciplinadora de atividades econômicas relevantes e de serviços públicos.

A regulação sustentável se caracteriza por ser uma atividade de Estado e não de governo. Bem por isso, não se alinha a voluntarismo episódicos e descompromissados.

Em outras palavras, só se pode falar em regulação sustentável a partir da

¹³⁴ FREITAS, Juarez. Teoria da Regulação Administrativa Sustentável. *RDA*, Belo Horizonte, n. 270, 2015.

perspectiva de políticas de Estado - e não, *a contrario sensu*, de governo. Afinal, o desenvolvimento sustentável pressupõe, a todo custo, o abandono do imediatismo e das recompensas de curto prazo, em troca de tomadas de decisão, por parte da Administração Pública, que levem em consideração fatores intertemporais e seus custos diretos e indiretos.

Eis, por oportuno, os ensinamentos de Juarez Freitas:

"Sob esse prisma, o Direito Público, notadamente o Direito Administrativo, reformata integralmente as suas categorias, no sentido de melhor syndicar as políticas públicas como programas de Estado (mais do que de governo), enunciados e implementados em consonância com prioridades constitucionais cogentes, de ordem a assegurar, mediante hierarquizações baseadas em evidências, a efetividade do plexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.¹³⁵

Com efeito, insere-se no plano das falhas de governo a tendência natural, inerente ao modelo democrático, de desenvolvimento de políticas públicas de curto prazo. Isso porque os governantes eleitos, a cada mandato eletivo, inclinam-se a empregar seus esforços na obtenção de resultados imediatos, com vistas à obtenção da aprovação popular em suas próximas candidaturas. Não há incentivos, nessa medida, para que os agentes políticos tenham visão de longo prazo, superior ao tempo de um mandato eletivo.

Briosa doutrina, por exemplo, cita "*o retoque vistoso em equipamentos públicos, às vésperas do pleito eleitoral, em obras que não resistem à primeira chuva forte (após as eleições, é claro)*".¹³⁶

Ademais, o modelo regulatório sustentável reduz a centralização do poder nas figuras das chefias de Estado e de governo, comuns no presidencialismo, ao mesmo tempo em que contribui para transcender os mandatos, em defesa dos legítimos interesses transgeracionais.

Dessa forma, a sustentabilidade aplicada às relações do direito administrativo, e em específico ao sistema regulatório, não apenas faz inserir no escopo de sua atuação as premissas de justiça intergeracional, como também, *pari passu*, contribui para a mitigação das falhas de governo relacionadas ao imediatismo.

135 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

136 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

No paradoxo das escolhas intertemporais, cumpre ao Administrador Público, investido da função administrativa estatal, vigiar a si mesmo na aplicação da lei, sobretudo quanto aos desvios cognitivos que possam comprometer a atividade e a consecução de seus fins constitucionais, a exemplo do viés do presente.

Uma segunda característica da regulação sustentável, diretamente relacionada à primeira, é o seu papel corretivo dos vieses comportamentais, decorrente de um trabalho de conscientização sobre os seus riscos e ameaças.

Outra característica de sua essência é a observância do princípio da máxima transparência, afastando linguagens indecifráveis, divorciadas da compreensão da sociedade.

Compreender a regulação sustentável é perceber que o seu agir é sistêmico, dissipando conflitos de interesse, - através de uma atuação emancipatória e resolutive - solucionando conflitos inter e intraregulatórios.

Além disso, a regulação sustentável atua de acordo com a Constituição, respeitando e buscando concretizar os comandos constitucionais, mormente seus valores mais caros, ciente de possíveis responsabilizações pela conduta omissiva ou comissiva.

É de se ver, portanto, que a regulação sustentável observa a reserva de administração e a reserva de lei, salvo evidente violação de princípios, especialmente os encampados na Carta da República.

Ademais, a regulação sustentável motiva de forma explícita e congruente suas decisões, especialmente aquelas que afetam direitos e/ou interesses das gerações atuais e futuras. Logo, não existe espaço para decisionismos episódicos em uma regulação que vislumbra o futuro sem esquecer do presente.

Sublinhe-se que em uma regulação sustentável a discricionariedade administrativa é consubstanciada na observância dos direitos fundamentais. Resta evidenciado, no ponto, uma releitura da discricionariedade.

Nos escólios de Juarez Freitas:

A regulação sustentável atualiza a noção de discricionariedade

administrativa, vinculando-a, antes de tudo, ao primado dos direitos fundamentais, inclusive das gerações futuras. Por cento, a inserção primacial de objetivos no horizonte finalístico é chave interpretativa, mercê dos art. 3º, 170 e 225, da Constituição. Em definitivo, convém não idolatrar a discricionariedade como se fosse insindicável.¹³⁷

Impende destacar, por oportuno, que a discricionariedade administrativa deve se adequar ao caráter cogente dos direitos fundamentais. Bem por isso, o controle dos atos discricionários não segue uma lógica reducionista, de curto prazo, sendo insuficiente compreender a discricionariedade como um mero juízo de conveniência e oportunidade.

Ressai do encimado raciocínio, a noção de que é ínsito a regulação sustentável uma discricionariedade administrativa vinculada às prioridades constitucionais, tendo em conta a realização primordial das prioridades vinculantes.

Não sem razão, em uma regulação sustentável, as políticas públicas são concebidas como programas de Estado e não de governo, efetivando direitos das gerações presentes e futuras.

Sob tal aspecto, exsurge outra característica da regulação sustentável, qual seja a de respeitar o direito fundamental à boa administração pública, compreendendo-o como o direito a uma administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.¹³⁸

Nesse trilhar é que a valorização das atividades típicas de Estado - que perduram além de governos – faz parte dessa nova e cogente regulação, que cresce e se apresenta, consolidando e concretizando o direito das presentes e futuras gerações.

Com efeito, as características aqui relatadas remontam a uma regulação transparente, dialógica, isonômica, proba, eficiente e eficaz, nos termos do que espera e determina a Constituição Federal.

137 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade. Direito ao futuro. FÓRUM, Belo Horizonte, 4 ed. p. 253, 2019.

138 FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, p.21, 2014.

À vista disso, uma nova compreensão de regulação se apresenta, “já chegou”, sendo a regulação sustentável uma intervenção indireta do Estado, que visa a implementar, com autonomia e independência, as políticas constitucionalizadas, via correção de falhas comportamentais do mercado e do governo, em caráter promocional ou repressivo, dando ensejo a uma melhor eficácia dos direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.

Na proteção ativa do direito ao futuro, a edificação regulatória deve ser paulatinamente alcançada, com as características que lhes são próprias, em direção ao Estado sustentável.

Aliás, insta aludir que – segundo a melhor doutrina:

Em última instância, formal e materialmente, o princípio constitucional da sustentabilidade (ou desenvolvimento sustentável, se preferir) tem o condão de, a pouco e pouco, reconstituir o Estado-Administração, imantando-o para o bem de todos (CF arts. 3 e 225), a despeito de mercenarismos e patrimonialismos.¹³⁹

De tal sorte, diante da inafastável observância do princípio da sustentabilidade e sob a rocha do direito fundamental à boa administração pública, a regulação sustentável nos leva à direção do Estado sustentável.

3.2.3 A transição para uma regulação sustentável

Sem dúvidas, os modelos regulatórios tradicionais falharam na mitigação das falhas de mercado. Não obstante, a desregulação estatal não é a saída, pois a suposta mão invisível de mercado não passa de uma ilusão de ótica.

Sob tal aspecto, ressaltamos:

(...) os modelos excessivamente céticos quanto à possibilidade de correção das “falhas de governo”, ainda que involuntariamente, contribuem para uma desregulação alastrada, que desempenha parcela decisiva na gestão de crises e bolhas.¹⁴⁰

Já é tempo, portanto, de reconstruir o modelo regulatório de forma sustentável, interdisciplinar e temporalmente consistente.

Consoante afirma Freitas, “*a regulação do tipo laissez-faire finge que não*

139 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. FÓRUM, Belo Horizonte, 4 ed. p. 284, 2019.

140 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. FÓRUM, Belo Horizonte, 4 ed., 2019.

existem falhas de mercado e de governo apenas para se abstrair das obrigações constitucionais de enfrentá-las".¹⁴¹

Prememente, portanto, a necessidade de imprimir maior rigor à função estatal regulatória, afastando-a do modelo liberal que prega a desregulação como resposta às "falhas de governo" apontadas por parcela crítica.

Referida tarefa, todavia, não é simples, tampouco um fim em si mesmo. Pode, por certa perspectiva, ser compreendida como um processo gradual, em que, em um primeiro momento, são observados prenúncios de uma fase de transição para a regulação sustentável.

Nesse compasso, a doutrina aponta alguns dos traços típicos da transição das relações administrativas rumo à sustentabilidade, a saber:

(...) a passagem para um paradigma de racionalidade imparcial, eficiente e eficaz; a fundamentação e a devida processualização das decisões; a sindicabilidade aprofundada das condutas do agente estatal; a resolução administrativa dos conflitos; o fim do burocratismo paralisante; a prevenção e a precaução, em lugar da gestão chega tarde; e, por fim, a defesa da constitucionalidade de ofício e da regulação do Estado Sustentável.¹⁴²

Dessa forma, a transição para uma regulação sustentável ocorre de modo gradual, mormente pela observância de diretrizes inerentes a uma Boa Administração Pública - as quais, uma vez instituídas, surtem efeitos positivos no âmbito do Direito Regulatório.

A contribuição da doutrina para o desenvolvimento do tema vai além da mera construção do seu arcabouço teórico, uma vez que o jurista, atento à importância de resgatar o já enfraquecido apelo normativo e político do desenvolvimento sustentável - à vista das muitas mutações semânticas sofridas pelo conceito no decorrer do tempo -, estabelece ainda diretrizes hermenêuticas, de bom tom pragmático, voltadas à consolidação do princípio constitucional da sustentabilidade.¹⁴³

141 FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

142 FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

143 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. FÓRUM, Belo Horizonte, 4 ed., 2019, p. 237.

A primeira diretriz fornecida diz respeito à qualidade intertemporal das escolhas públicas. É proposto que o controle de proporcionalidade das decisões administrativas aspire abrangência temporal de longo prazo.

A segunda diretriz cuida de inserir na análise das decisões públicas considerações sobre o seu impacto psicossocial, de modo a afastar, ou melhor dizendo, reputar antijurídicas as decisões administrativas cujas externalidades negativas se sobreponham às positivas ou aos benefícios extraídos da aplicação da lei.

Sem afrontar a inafastabilidade da jurisdição, a terceira diretriz concerne à promoção da resolução consensual dos conflitos em âmbito administrativo, não como uma alternativa à disposição do administrador público, mas como prioridade máxima em aderência a uma postura pacificadora, de sorte a ultrapassar a tradicional hostilidade entre particulares e a administração pública.

A título de quarta diretriz, o autor propõe ao administrador público a adoção de uma postura energicamente equitativa, em total prejuízo às discriminações negativas e determinadas compensações positivas, em outras palavras, defende uma economia inclusiva circular.

Em quinto lugar, milita em favor de um pluralismo não dogmático em que a adoção de determinado princípio em detrimento dos demais, ou mesmo posicionamentos “tudo ou nada”, seja abandonada, por inexistir espaço, numa administração pública sustentável, para o apriorismo acrítico.

Em sexto lugar, figura a necessidade de se manter uma coerência entre as demandas geracionais e os textos normativos, na forma de um sopesamento refletido, tendente à fundamentação transversal e que se articule com os requisitos nucleares do desenvolvimento duradouro.

Em sequência, convém adotar uma postura proativa na aplicabilidade dos direitos fundamentais, mesmo que defronte de eventuais lacunas da disciplina Legislativa. Afinal, para o autor, “*a sustentabilidade não reside em zona de passividade, muito menos na preservação patética do status quo poluente*”.¹⁴⁴

144 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. FÓRUM. Belo Horizonte, 4 ed., 2019, p.

Ademais, impende promover uma abertura mental na adoção de novos princípios à vista de opções tecnológicas, em paralelo à análise sindicável dos princípios da prevenção e da precaução das políticas públicas.

Em penúltimo lugar, se chama a atenção para as finalidades intergeracionais do sistema constitucional, que demanda a interpretação das normas administrativas como desdobramentos de fins temporais para os meios.

Por fim, resta enfatizado a necessidade de se zelar pela governança independente, que não se esconda de forma omissiva sobre a sombra de discricionariedade e meras expectativas de direito.

Com isso, se almeja inclinar o administrador público a uma guinada paradigmática que mescle na mesma medida a efetividade, a eficiência e a equidade diretivas dos programas de sustentabilidade combatentes dos desvios cognitivos e motivacionais que constituem óbice às inovações em âmbito das relações administrativas.

Em suma, esse novo Direito Administrativo:

(...) induz a internalização de externalidades negativas, realça o peso de justificativas econômicas e não econômicas, preserva os valores constitucionais, desnuda o fardo da passividade, torna nítida a conveniência de padronizações positivas, garante o julgamento imbuído de cuidado intertemporal, facilita a rejeição de soluções mágicas, favorece a laboriosa gestão de riscos, expande alternativas inovadoras e neutraliza o impulsivismo direcionado às recompensas efêmeras.¹⁴⁵

Há, pois, um antes e um depois do Estado Sustentável na Administração Pública, assim sintetizado:

"Antes, o domínio da sindicabilidade legalista e a discricionariedade desvinculada da eficácia de princípios e de direitos fundamentais. Após, desponta a sindicabilidade (inclusive judicial) de qualidade das decisões tomadas. Antes, a causalidade, para fins de responsabilização, era vista de maneira linear, imediatista, e superficial. Após, o nexo de causalidade é entendido em termos sistêmicos, alcançando a omissão. Antes, os direitos só mimamente - em migalhas - eram oponíveis ao Estado. Após, o direito fundamental à boa administração pública é plenamente tutelável. Antes, vigorava a dignidade extremadamente antropocêntrica e indiferente à sorte da vida em geral. Após, é assimilada a vedação ampla de crueldade. Antes, o formalismo das regras servia ao arbítrio e ao direcionamento espúrio de insaciáveis caçadores de riquezas. Após, o controle dos fins sustentáveis da Carta. Antes, a decisão administrativa era tomada sem o menor tino

240.

145 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. FÓRUM. Belo Horizonte, 4 ed., 2019.

consequencial, indiferente aos efeitos colaterais e às externalidades negativas. Após, a decisão motivada (de maneira clara e congruente) não mais ignora impactos sociais, econômicos e ambientais. Antes, constata-se, modo impune, o domínio da baixa política e do corolismo fisiológico, com modulações frouxas. Após, são ressaltadas a imparcialidade, a equidade intergeracional e a continuidade de pautas de longo prazo. (...)”¹⁴⁶

Já se pode observar que a proposta de uma regulação sustentável é sólida. Não se trata de uma mera proposição teórica, tampouco de um plano utópico de reforma da função regulatória estatal. A doutrina tem contribuído de forma substancial para a efetivação do princípio da sustentabilidade no âmbito das relações administrativas, especialmente do direito regulatório.

Resta, contudo, o desafio de alinhar adequadamente a teoria e a prática, uma vez que o direito administrativo não tem acompanhado totalmente os esforços da doutrina para a efetivação do princípio da sustentabilidade no âmbito das relações administrativas.

3.2.4 Regulação sustentável e o direito fundamental à boa administração

Para uma melhor compreensão dessa nova forma de pensar a regulação estatal, se faz necessário compreender - ainda que de forma breve – o que seria sustentabilidade e o direito fundamental à boa administração pública.

O desempenho da função estatal regulatória, em moldes constitucionalmente orientados, nos remete ao inafastável Estado Sustentável. Neste, o Direito Público, especialmente o Direito Administrativo, apresenta-se de forma distinta da concepção míope e reducionista de outrora.

Sob esse prisma, existe um resgate integral, no sentido de melhor sindicar as políticas públicas como programas de Estado - indo muito além da distorcida e, por vezes, proposital visão reducionista dos programas de governo:

Como programas de Estado (mais do que de governo), enunciados e implementados em consonância com prioridades constitucionais cogentes, de ordem a assegurar, mediante hierarquizações baseadas em evidências, a efetividade do plexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.¹⁴⁷

146 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. FÓRUM, Belo Horizonte, 4 ed., 2019.

147 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade. Direito ao futuro. FÓRUM, Belo Horizonte, 4 ed. p. 288, 2019.

Essa nova forma de entender e compreender, sob a ótica de um novo Estado Sustentável, promove a internalização de externalidades negativas, favorecendo a gestão de riscos; preservando os valores constitucionais; expandindo alternativas e neutralizando o imediatismo transitório e não efetivo.

Dentro desse contexto, emerge com nitidez um novo Direito Administrativo, fincado e redesenhado pelo princípio da sustentabilidade, em que a sindicabilidade das políticas públicas é elevada, ocorrendo na fase interna de decisão, sem prejuízo de posterior revisão, tudo lastreado nos comandos constitucionais.

Fala-se agora em um direito administrativo da regulação, em um novo Estado regulador, concebido com autonomia, cientificidade e um rigoroso planejamento, de modo a garantir a precaução e prevenção tempestiva das falhas de mercado e de governo.

A propósito, calha como uma luva o escólio de abalizada doutrina:

Como ponto de partida, então, o modelo regulatório tem de ser reconfigurado não apenas para o aperfeiçoamento da função de corrigir as ineficiências de mercado. Precisa corrigir as falhas associadas ao patrimonialismo governamental e ao populismo mágico da gratificação instantânea.¹⁴⁸

Em um Estado regulador, com um direito administrativo reconfigurado, a concretização do direito fundamental à boa administração pública é elevada a condição *sine qua non* à própria existência da nova acepção de Estado sustentável, não pairando mais qualquer dúvida sobre a sua efetivação.

Sob um viés sustentável, não há mais espaço para o paradigma patrimonialista do século XXI, sendo necessário conceber e promover uma interação permanente entre crescimento econômico, desenvolvimento humano e respeito ao meio ambiente, abrindo-se o Poder Público para a realidade subjacente.

Nesse Estado regulador sustentável, confluyente do direito fundamental à boa administração pública, o direito administrativo se apropria da realidade, deixando de lado o modelo rígido, fechado e ultrapassado do passado, adotando uma concepção sistêmica de administração pública, mais flexível e dialógica, norteadas pela teoria dos direitos fundamentais.

148 FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública. 3. ed. São Paulo: Malheiros, p.148, 2014.

Deste modo, as prioridades constitucionais vinculam o Estado regulador, sendo a regulação guardiã da sustentabilidade, preservando o necessário e vinculante equilíbrio dinâmico do sistema econômico, social e ambiental.

Diante de tudo isso, algumas considerações se afiguram necessárias à nova ótica de um Estado regulador sustentável e eficaz na concretização do direito fundamental à administração pública.

Neste particular, o Estado consubstanciado em uma regulação constitucionalmente orientada, quando de suas escolhas públicas e legítimas, buscará compatibilizar o desenvolvimento e a sustentabilidade, de modo a evitar excessos e omissões injustificadas.

Como já afiançado, o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável irradia seus efeitos - de forma direta e imediata - a uma regulação direcionada à consolidação de um desenvolvimento inclusivo e eficiente, de sorte a propiciar e garantir o bem-estar nas presentes e futuras gerações.

Corroborando tal posicionamento, destacamos:

Em outro modo de dizer, afigura-se insofismável que a desregulação pura e simples tende a produzir desoladores resultados.⁶ Entretanto, a par dessa constatação, impende realçar que, bem compreendido, o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável (CF, arts. 3º, 225 e 170) determina, com eficácia direta e imediata, a regulação afirmativamente voltada à concretização do desenvolvimento inclusivo, ambientalmente limpo, probo e eficiente, no intuito de assegurar, às presentes e futuras gerações, o direito ao bem-estar multidimensional¹⁴⁹.

Nota-se, assim, que apenas com esse propósito e direção poder-se-á falar em efetiva regulação sustentável, pautada em uma intervenção real e determinante, sem se deixar levar pelo falso prisma da autocontenção do mercado. Aliás, ressoa ingenuidade acreditar que a economia de mercado vai, de *per si*, corrigir suas falhas.

Essa nova ótica do modelo regulatório, pautado e concatenado aos valores e diretrizes constitucionais, é a regulação perquirida, inevitável e defendida, sendo urgente o seu avigoreamento, sendo verossímeis os benefícios de suas intervenções indiretas, propiciando uma administração pungente e alinhada com os direitos

149 Vide FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 8
Vide James SALZMAN, James; THOMPSON JR., Barton H. Environmental law and policy. 3. ed. New York: Foundation Press, 2010. p. 21

fundamentais.

Neste particular, toda e qualquer intervenção estatal restará autorizada, apenas e tão somente no caso de custos inferiores aos ganhos diretos e colaterais, salvo, por óbvio, no caso de bens intangíveis, cuja preservação se revelar essencial, não obstante o preço, até porque não quantificável. Não se pode perder de vista que existem valores constitucionais que não se traduzem em pecúnia.

É certo, no entanto, que no mais das vezes, os ganhos podem ser mensurados. É o caso, por exemplo, das medidas regulatórias que redundam na economia de combustíveis aos consumidores.

Sob tal aspecto, é fundamental a análise do custo-eficácia das políticas regulatórias, indo além de programas lineares e maniqueístas. Daí a importância de fixar aquilo que de fato funciona e o que não funciona na tomada de decisão regulatória, especialmente em áreas essenciais.

De mais a mais, essa nova regulamentação estatal, consubstanciada na Constituição, notadamente no princípio da sustentabilidade, deve se atentar e buscar melhor lidar com os vieses próprios das ciências comportamentais. É preciso todo um cuidado com a tomada de decisões automáticas, fincadas no presente, dissociadas do futuro, não podendo subestimar os automatismos cognitivos.

Corroborando, pois:

Uma regulação estatal, teleologicamente orientada pela Carta, tem de estar atenta aos vieses (biases) revelados pelas ciências comportamentais e sobre o melhor modo de lidar com eles. Deveras, a tendência de decidir sob o influxo dos automatismos cognitivos não pode ser subestimada, merecendo ocupar espaço central na capacitação dos reguladores. Vale dizer, o viés da confirmação, o viés da preferência pelo presente e o viés do status quo, só para citar alguns automatismos emblemáticos, são desvios a serem escrutinados, com rigor, pelos reguladores inclusive em suas próprias decisões¹⁵⁰.

Adite-se, ainda, que uma regulação constitucionalmente orientada tem que se atentar aos aspectos qualitativos e quantitativos de avaliação dos impactos sociais, econômicos e ambientais. Suas políticas regulatórias devem se basear em evidências, mensurando não apenas os resultados imediatos e unilaterais, mas também considerando as variáveis qualitativas, no decorrer do tempo.

150 FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e os principais vieses. 2003. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/44/519>

Cumprir, destacar, por oportuno, no sentido ora exposto e ante a inquestionável importância do tema, que nessa nova perspectiva de regulação, se demonstra cogente e permanente a necessária revisão das condutas e procedimentos até então utilizados, de forma a fomentar novos sistemas de inovação, mais tecnológicos e ecológicos.

É de se ver, portanto, que o sistema regulatório constitucional que se propõe, se vincula à tutela dos direitos fundamentais das atuais gerações, sem desguarnecer as futuras. Ela atua no presente sem se esquecer do futuro. Busca a fruição plena dos direitos fundamentais por todas as gerações, cumprindo com o seu dever jurídico.

A regulação sustentável incita e molda comportamentos de agentes de mercado e de governo, com o exercício justificado da função administrativa, abstrata ou concreta, limitando ou restringindo – proporcionalmente – o exercício dos direitos de propriedade e de liberdade, de molde a fomentar a produção de bens e serviços em conformidade com a tutela eficaz dos direitos das gerações presentes e futuras.¹⁵¹

O Estado no seu atuar regulatório deve atuar de forma indireta, delimitando, modulando e/ou induzindo as relações de propriedade e de liberdade e as próprias relações administrativas, com intervenções intergeracionais.

Mostra-se adequado, no caso, o seguinte escólio:

Tal regulação não pode ser apenas reativa. Tem de assumir uma feição pronunciadamente emancipatória e dialógica (de maneira mais firme do que a preconizada pelo paternalismo libertário de Cass Sunstein e Richard Thaler, e menos invasiva do que a sugerida pelo paternalismo autoritário de Sarah Conly)¹⁵².

Assim, não se trata apenas de intervir, alertar e/ou controlar, sendo necessário ir além, sendo ínsito a esse modelo regulatório sustentável e alicerçado na Constituição uma feição dialógica, racional e emancipatória. Cuida-se de um olhar diferente, cuidadoso e condizente com as necessidades do hoje e do amanhã.

151 FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, no capítulo destinado à redefinição do “poder de polícia administrativa”.

152 SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. Nudge. New York: Penguin Books, 2008. 30 Vide CONLY, Sarah. Against autonomy, justifying coercive paternalism. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Sob tal aspecto, é preciso destacar a necessidade e a possibilidade de alinhar a atuação dos gestores públicos ao conteúdo principiológico do direito fundamental à boa administração pública, a partir da ressignificação da cultura jurídica administrativista existente.

Repisa-se, o princípio da sustentabilidade favorece o exercício do direito fundamental à boa administração, gerando importantes impactos no direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesse contexto, as intervenções regulatórias do Poder Público devem ser racionais, sustentáveis e confluentes com as diretrizes constitucionais, favorecendo a formação de ambiente transformador, no qual as ideias se convertam em produtividade inovadora. Trata-se de uma regulação engajada com as prioridades constitucionalizadas e, por conseguinte, com o direito fundamental à administração pública.

Essa nova regulação é hábil para atuar, tempestiva e justificadamente, em nome de benefícios duradouros, não priorizando resultados imediatos, sem perquirir sobre os efeitos de longo prazo das decisões tomadas. A prudência, a imparcialidade e a transparência pautam essa nova forma regulatória.

É próprio da regulação proposta a adoção de um planejamento estratégico e pensamento sistemático, de maneira que o processo decisório tenha a capacidade de escolher o que realmente funciona hoje e amanhã, sempre em cumprimento às diretrizes constitucionais.

É imprescindível rememorar a eficácia direta dos direitos fundamentais, evitando omissões regulatórias e destoantes da Carta. Uma regulação inclusiva pressupõe a observância aos direitos fundamentais, sendo-lhe imperativo o desempenho sustentável e a boa administração pública.

Ressalte-se que entre os deveres decorrentes da boa administração destaca-se a defesa e promoção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para a promoção do desenvolvimento sustentável, é preciso debater o fato de que a vida humana depende do sistema ambiental, não podendo existir regulação dissociada desse ideal.

Para a efetivação do direito fundamental à boa administração e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a sustentabilidade não pode ser um tema efêmero ou de ocasião, mas fator dialógico, interdisciplinar e criativo. É preciso ir além.

À vista disso, destacamos:

Ost, por sua vez, aponta para a necessidade de se pensar além, observando vínculos e limites entre o homem e o meio ambiente, o que permite investir em um futuro sustentável, focado no equilíbrio das dimensões econômica, social e ambiental da sustentabilidade. Segundo o autor, “Ainda que uma tal localização no tempo apresente sempre uma certa arbitrariedade, podemos fixar no início dos anos setenta o verdadeiro nascimento do direito (administrativo) do ambiente (...)”¹⁵³.

A proteção da boa administração e do meio ambiente como direitos fundamentais exige uma atuação positiva de todos os atores públicos, e de forma simultânea, uma vez que, atualmente, não há como cogitar um direito administrativo dissociado da tutela do meio ambiente, em sentido abrangente. Qualquer inovação administrativista desprovida de preocupação ambiental significa, decerto, um retorno ao direito administrativo patrimonialista, indefensável, para todos os efeitos, na atual sistemática constitucional.

Vê-se, pois, que o desempenho da função estatal regulatória, em moldes constitucionalmente orientados, remete a inevitáveis conclusões, notadamente ante o inovador papel da regulação sustentável no Estado sustentável.

Assim, à toda evidência, é lícito afirmar que a necessidade de um novo modelo de regulação é própria da observância do princípio da sustentabilidade, jungida à inafastável noção de se alcançar uma boa administração como direito fundamental.

¹⁵³ 29 OST, François. A natureza à margem da lei: ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. 30 OST, François. A natureza à margem da lei: ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 119.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivenciamos um período em que as crises econômico-financeiras e ambientais nos remetem a imprescindível e inevitável necessidade de um novo modelo de atividade administrativa regulatória, fazendo frente a cogente observância do princípio da sustentabilidade e da noção de boa administração pública como direito fundamental.

Neste particular, **a primeira hipótese da presente pesquisa foi confirmada**. uma vez que como demonstrado, o atual contexto de crises e as falhas de mercado dos modelos regulatórios tradicionais, não permite mais uma atividade administrativa de regulação estritamente legalista. Exsurge a necessidade de um novo olhar ao modelo regulatório, jungido aos princípios constitucionais, especialmente aqueles atrelados ao desenvolvimento sustentável e a boa atividade administrativa.

As crises econômico-financeiras e ambientais só têm ressaltado a imprescindibilidade de encontrar a medida certa de intervenção estatal, de modo a possibilitar pressupostos cumulativos do desenvolvimento sustentável, restando ultrapassados os ditames conjunturais e episódicos de interesses públicos dissimulados e destoantes dos valores constitucionais.

É próprio de uma regulação sustentável o desenvolvimento sustentável e o direito fundamental à boa administração pública, dando ensejo a uma administração pública eficiente e eficaz, cumpridora de seus deveres, com transparência, imparcialidade e respeito a moralidade, o que tanto hoje se almeja.

Em relação a **segunda hipótese, sua confirmação se perfaz**, porquanto como evidenciado, para uma melhor compreensão dessa nova forma de pensar a regulação estatal, se faz necessário entender o que seria sustentabilidade e o direito fundamental à boa administração pública.

Compreender o desenvolvimento sustentável e o direito a uma boa administração pública como valores constitucionais obrigatórios e inerentes a atividade administrativa regulatória, se demonstra importante para a sua

reconstrução, ensejando uma administração pública que, efetivamente, alcance a realização do desenvolvimento esperado.

Destaca-se a atuação do princípio da sustentabilidade como vetor de expansão das dimensões pelas quais a discricionariedade do Administrador Público deve ser revista; é dizer, não apenas pelo ângulo do reducionismo econômico, mas sob o prisma do bem-estar durável, que comporta os mais diversos valores sociais.

As relações administrativas, nesse aspecto, devem ser, a todo momento, pautadas nessa pré-compreensão - pois, de outro modo, a unidimensionalidade do pensar e do agir do Administrador Público apenas favorecerá condutas imediatistas, que no curto prazo são vistas com bons olhos, mas ao longo do tempo se afiguram insignificantes.

Em bom vernáculo, o direito fundamental à boa administração pública é um ideal permanente, que reflete uma administração que cumpre com seus deveres, se pautando na transparência, imparcialidade, moralidade, o que vai ao encontro dos princípios encartados na Constituição Federal de 1988.

A proteção da boa administração e do meio ambiente como direitos fundamentais exige uma atuação positiva de todos os atores públicos, e de forma simultânea, uma vez que, atualmente, não há como cogitar um direito administrativo dissociado da tutela do meio ambiente.

Não sem razão, a temática da regulação estatal deve ser priorizada, sob uma perspectiva sustentável e alinhada com a boa administração pública. Os impactos causados por uma boa gestão refletem diretamente na qualidade de vida da sociedade administrada, trazendo, ao longo do tempo, benefícios à população.

As contínuas mudanças e o próprio desafio de redefinir a ideia de regulação, nos leva a inafastável necessidade de compreensão das funções regulatórias como inerências do Estado Democrático, mais do que do governo, sendo crucial a celeridade nessa novel reformulação, alicerçada na Constituição.

No que concerne **a terceira hipótese, também confirmada**, urge asseverar

que o principal objetivo do Estado regulador, concebido em termos abrangentes – não limitado às agências – se traduz em, com autonomia, cientificidade e um rígido planejamento, garantir a precaução, a prevenção e a correção tempestiva das falhas de mercado e de governo. E mais, de enfrentar os desvios comportamentais em um sentido mais amplo.

Sob tal perspectiva, as intervenções estatais indiretas devem assegurar e equilibrar da melhor forma possível os benefícios de longo prazo, perfazendo uma atividade regulatória compatível com as metas contemporâneas e as novas convergências.

A reconstrução de um modelo regulatório sustentável, portanto, propugna por uma intervenção indireta do Estado, mediante providências administrativas voltadas ao futuro, garantindo isonomia e equidade intergeracional.

A necessidade de transformação sustentável da Administração Pública se afigura evidente. Perpetuar um direito administrativo legalista, que apenas mede obediência à lei em sentido estrito, olvidando todo um conjunto dialógico de princípios constitucionais, reflete uma clara inobservância aos deveres públicos estatuídos pelo legislador constituinte.

Não há espaço para a defesa de uma regulação parcimoniosa, de cunho liberal. Inclinações ideológicas à parte, qualquer tentativa de manter o *status quo* da Administração Pública, e de retardar o processo de constitucionalização do Direito Administrativo em geral, caracteriza omissão no cumprimento de deveres constitucionalmente previstos.

Daí a necessidade de um novo modelo regulatório, reverente dos princípios constitucionais que regem a atividade administrativa, especialmente do dever fundamental à boa administração pública. O desempenho da função estatal regulatória, em moldes constitucionalmente orientados, remete ao inovador papel da regulação sustentável no Estado democrático.

A necessidade de um novo modelo de regulação é própria da observância do princípio da sustentabilidade, jungida à inafastável noção de se alcançar uma boa administração como direito fundamental.

A regulação sustentável - como evidenciado - é aquela na qual o respeito ao direito fundamental à boa administração pública é próprio de sua acepção, sendo imperativa a uma administração pública voltada a realizar o bem, o produtivo e o concretamente eficiente para um futuro melhor para a sociedade que administra.

Uma administração sustentável é responsável por suas condutas omissivas e comissivas, sendo o diálogo com o futuro um imperativo, restando ampliada a noção de respeito à coisa pública e aos valores constitucionais.

Vê-se, pois, que a regulação deve ser autônoma e equilibrada, cenário em que o senso prospectivo, em contraste com a miopia temporal é acentuado, entrelaçando dimensões éticas, jurídicas, políticas, ambientais, sociais e econômicas.

Diante disso, a sustentabilidade reconfigura, por inteiro, todo o arcabouço regulatório, dando ensejo a uma nova concepção do próprio Estado, do direito administrativo, da própria concepção de regulação e do direito a uma boa administração pública.

E assim ocorre, justamente pela premente necessidade de uma atuação regulatória que caminhe além do imediatismo de passagem, se voltando com respeito e diálogo ao futuro, consolidando anseios constitucionais sustentáveis e, por conseguinte, o direito fundamental à boa administração pública.

A multitude de crises enfrentadas pela sociedade chama a atenção para a necessidade dessa reformulação do Direito Regulatório, especialmente sob a égide do princípio da sustentabilidade e do direito fundamental à boa administração pública, no escopo de torná-lo eficiente e eficaz, refletindo diretamente na qualidade de vida da sociedade.

É próprio do Estado democrático, do republicanismo, a necessidade de que o Estado regulador assuma o seu papel constitucional, gerando um bem-estar multidimensional no presente, sem comprometer o bem-estar futuro, garantindo um real e efetivo direito à boa administração pública - razão pela qual, mesmo diante de relativa resistência na construção de um direito regulatório sustentável, maiores investigações devem ser realizadas, especialmente no sentido de fomentar o tema

no âmbito do Poder Público, de sorte a torná-lo presente e atual no discurso político-jurídico contemporâneo e na mentalidade de todos.

A nova forma de pensar a regulação exige um conjunto de esforços no sentido de alterar a enraizada percepção legalista da atividade administrativa, acentuando a importância da compreensão dos princípios constitucionais da sustentabilidade e da boa administração pública, como também da própria atividade regulatória, ante os atuais desafios.

É de se ver, portanto, que a proposta de uma regulação sustentável é sólida e solicita prioridade na pauta, não se tratando de uma mera proposição teórica, tampouco de um plano utópico de reforma da função regulatória estatal.

Mostra-se oportuno observar, presente esse contexto, que a releitura proposta ao atual modelo regulatório de Estado, nos convida a ir além, sendo inevitável o debate acerca de um novo modelo regulatório de Estado.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

Alves, Amanda & Fampa, Daniel. **A Constitucionalização do Direito Administrativo E Seus Reflexos Sobre A Discricionariedade Administrativa**. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública, 2020.

ARAÚJO, Rodolfo de Medeiros. **Manual de direito ambiental**. 1 ed. São Paulo: CL EDIJUR, 2012.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. RDA, Rio de Janeiro: Renovar, n. 240, p. 31-33, abr.-jun. 2005.

BARRY, Brian. **"Sustainability and Intergenerational Justice."** Theoria: A Journal of Social and Political Theory, no. 89, 1997, p. 50. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/41802067>. Accessed 2 Aug. 2022.

BINENBOJM, G. (2005). **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. Revista De Direito Administrativo, 239.

BINENBOJM, Gustavo. **Da Dicotomia Ato Vinculado Versus Ato Discricionário à Teoria dos Graus de Vinculação à Juridicidade**. In: **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11. ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Bosselmann, Klaus, **The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance** (Aldershot: Ashgate Publishing, 2008).

BRAGANÇA, DOM BERTRAND DE O. Dom Bertrand de Orleans e Bragança - Fala sobre seu livro *Psicose Ambientalista*. Defesa net, 2013. Disponível em: <https://www.defesanet.com.br/toa/noticia/10501/Dom-Bertrand-de-Orleans-e-Braganca---Fala-sobre-seu-livro-Psicose-Ambientalista-/>. Acesso em: 18/07/2022]

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CONLY, Sarah. **Against autonomy, justifying coercive paternalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. 2 ed., Itajaí, Univali, 2014.

CRUZ, Paulo Márcio. **Direito e transnacionalidade**. 2011.

DEMARCHI, C; COSTA, Ilton Garcia; PROSDÓCIMO, A. C. R. **Os deveres fundamentais em contrapartida aos direitos fundamentais na Constituição Brasileira**. In: Maurizio Oliviero; Pedro Manoel Abreu; Liton Lanes Pilau Sobrinho. (Org.). *Principiologia Constitucional e política do Direito: Constitucionalismo como elemento para a produção do Direito*. 1ed.Itajaí: Univali, 2016, v. 1, p. 69-86.

DEMARCHI, C. **Democracia e Deveres fundamentais em tempos de crise**. 2019. (Apresentação de Trabalho/Conferência ou palestra).

DEMARCHI, C.; FONTANA, D. C. **Deveres fundamentais e dignidade humana: uma perspectiva diferente**. REVISTA ELETRÔNICA DIREITO E POLÍTICA, v. 14, p. 560-577, 2019.

DEMARCHI, CLOVIS; FERNANDES, Fernanda Sell de Souto Goulart. **Teoria do limite dos limites: Análise da limitação à restrição dos Direitos Fundamentais no Direito brasileiro**. In: Sergio Urquhart de Cademartori; Rui Décio Martins; Thiago Lopes Decat. (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 1ed.Florianópolis: Conpedi, 2015, v. 1.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Lucha Contra las Inmunidades del Poder**. Madrid: Civitas, 1995.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **De La Arbitrariedad de la Administración**. Madrid: Civitas, 1997.

FREITAS, Juarez. **I Colóquio Internacional de Hermenêutica Jurídica e o Princípio da Sustentabilidade**. 2016.

FREITAS, Juarez. **II Colóquio de Hermenêutica Jurídica e Sustentabilidade - A transformação do Direito Administrativo**. 2016.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, no capítulo destinado à redefinição do “poder de polícia administrativa”.

FREITAS, Juarez. **Regulação administrativa e os principais vieses**. 2003.

Disponível

em:

<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/44/519>

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Novo Prisma Hermenêutico**. Novos Estudos Jurídicos. Itajaí (SC), 2018.

FREITAS, Juarez. **Teoria da Regulação Administrativa Sustentável**. RDA, Belo Horizonte, n. 270, 2015.

GARCIA, Heloíse Siqueira, Denise Schmitt Siqueira. **A construção de um conceito de sustentabilidade solidária: contribuições teóricas para o alcance do socioambientalismo**. Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo I Curitiba | v. 2 | n. 2 | p. 147 - 168 | Jul/Dez. 2016.

GARCIA, Marcos Leite; ROSA, Alexandre de Moraes da. **Cidadania no Brasil: da concretização dos direitos fundamentais à construção cultural dos direitos humanos**. 2011.

GARCIA, Marcos Leite. **Introdução ao estudo dos direitos fundamentais**. 2009.

GARCIA, Marcos Leite. **Linhas de evolução dos Direitos Fundamentais: as contribuições de Bobbio, Peces-Barba e Pérez Luño à construção de uma teoria dos direitos**. 2010.

GEORGE, Geslin. **Origin of the word 'Sustainability' and what it means in the 21st Century**. Disponível em:

<https://allthingsustainable.shop/blogs/blog/asdv#:~:text=Etymologically%20the%20word%20Sustainability%20is,hold%2C%20keep%2C%20support>.

Goodland, Robert. **“The Concept of Environmental Sustainability.”** Annual Review of Ecology and Systematics, vol. 26, 1995, pp. 1–24. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/2097196>. Accessed 2 Aug. 2022.

Greenberg, Miriam. **“What on Earth Is Sustainable?: Toward Critical Sustainability Studies.”** Boom: A Journal of California, vol. 3, no. 4, 2013, pp. 54–66. JSTOR, <https://doi.org/10.1525/boom.2013.3.4.54>. Accessed 2 Aug. 2022.

HABERLE, Peter. **Teoría de la constitución como ciência de la cultura**. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002.

HAWKINS, Thomas R. **“Re-Reading Silent Spring.”** Environmental Health Perspectives, vol. 102, no. 6/7, 1994. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/4640499>. Acessado em: 2 Aug. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito regulatório**. Fórum Administrativo: Direito

Público, Belo Horizonte, v. 6, n. 61, mar. 2006.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LORIO, Ubiratan J. **“Falhas de Mercado” Versus Falhas de Governo**. Direito Administrativo em Debate, Rio de Janeiro, 2008.

LEITE, José Rubens Morato. FILHO, Ney de Barros. **Direito Ambiental Contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004.

LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. **Breves comentários sobre o pragmatismo jurídico e o processo decisório judicial no Brasil**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3218, 23 abr. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21595>. Acesso em: 2 ago. 2022.

MARTÍN MATEO, Ramón. **Tratado de Derecho Ambiental**, Vol 1. 1ª ed. Madrid: Editorial Trivium, 1991.

MARTINS, M.F; CANDIDO, G.A. **Índice de Desenvolvimento Sustentável – IDS dos Estados brasileiros e dos municípios da Paraíba**. Campina Grande: SEBRAE, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionariedade e controle jurisdicional**. 1998.

Mendes, Lara França. **A justiça intergeracional**. Diss. 2016.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014).

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev., ampl. e atual - Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OST, François. **A natureza à margem da lei: ecologia à prova do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PARHAM, John. “**Sustenance from the Past: Precedents to Sustainability in Nineteenth-Century Literature and Culture.**” *Literature and Sustainability: Concept, Text and Culture*, edited by John Parham et al., Manchester University Press, 2017, pp. 34. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/j.ctt1wn0s7q.9>. Accessed 2 Aug. 2022.

PARREIRA, Liziane; Benacchio, Marcelo. **Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade**. *Prisma Jurídico*, vol. 11, núm. 1, enero-junio, 2012.

PASOLD, Cesar Luiz (Coord.). **Primeiros Ensaio de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14. ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018.

PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon (Organizadores). **Administração pública: coletânea**. São Paulo: Editora UNESP; Brasília, DF: ENAP, 2010.

PHILIPPI JR., Arlindo; PELICIONI, Maria Cecília Focesi [Editores]. **Educação ambiental e sustentabilidade**. Barueri: Manole, 2005.

Real Ferrer, G., Glasenapp, M. C., & Cruz, P. M. (2014). **SUSTENTABILIDADE: UM NOVO PARADIGMA PARA O DIREITO**. *Novos Estudos Jurídicos*, 19(4), 1433–1464. <https://doi.org/10.14210/nej.v19n4.p1433-1464>

RODÓ, L. Lopes. **O poder discricionário da administração: evolução doutrinária e jurisprudencial**, *Revista de direito administrativo*, v. 35., Rio de Janeiro, jan.-mar./1954.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: incluyente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Linha de horizonte*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SCHWENCK, Terezinha. **Direitos Humanos Ambientais**. Disponível em: <http://www.fadipa.br/pdf/schwenck.pdf>. 2001. Acesso em: 15.03.13.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo. Companhia das Letras, 2000.

SORRENTINO, M. **Desenvolvimento Sustentável e Participação: algumas reflexões em voz alta**. In: CASTRO, R. S. de. Et. al. (orgs.). *Educação Ambiental: repensando o espaço da cidadania*. São Paulo: Cortez, 2002.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; GARCIA, Denise, Schimitt Siqueira. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. 2013.

STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. Direito e Transnacionalidade**. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1ed., 2009, 2 reimp., Curitiba: Juruá, 2011.

SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. **Nudge**. New York: Penguin Books, 2008.

CONLY, Sarah. **Against autonomy, justifying coercive paternalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

VALLE, Vanice Lírio do. **Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno**. In Revista Interesse Público, Belo Horizonte, ano 10, n. 48, 2008.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

We Do Not Inherit the Earth from Our Ancestors; We Borrow It from Our Children. Quote Investigator, 2013. Disponível em: <https://quoteinvestigator.com/2013/01/22/borrow-earth/>. Acesso em: 02 de agosto de 2022.

