Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Leonardo Silveira Antoun Netto

Direito administrativo do risco – entre a inovação, a precaução e o erro na administração pública

Rio de Janeiro
2022

Leonardo Silveira Antoun Netto

Direito administrativo do risco – entre a inovação, a precaução e o erro na administração pública

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização

Orientadora: Prof. Drª. Patrícia Ferreira Baptista.

Rio de Janeiro
2022

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A635 Antoun Netto, Leonardo Silveira

Direito administrativo do risco – entre a inovação, a precaução e o erro na administração pública / Leonardo Silveira Antoun Netto. - 2023.
172 f.

Orientador: Profª. Dra. Patrícia Ferreira Baptista.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Direito administrativo - Teses. 2.Inovação e qualidade – Teses. 3. Administração pública – Teses. I.Baptista, Patrícia Ferreira. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.9:35

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Leonardo Silveira Antoun Netto

Direito administrativo do risco – entre a inovação, a precaução e o erro na administração pública

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 18 de abril de 2022.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Drª. Patrícia Ferreira Baptista (Orientadora)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. José Vicente Santos de Mendonça

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Diogo Rosenthal Coutinho

Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro
2022

RESUMO

ANTOUN NETTO, Leonardo Silveira. *Direito Administrativo do Risco – entre a inovação, a precaução e o erro na Administração Pública*. 2022. 172f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio deJaneiro, Rio de Janeiro, 2022.

A expansão de cenários de incerteza técnico-científica exige respostas do ordenamento jurídico brasileiro. O presente trabalho pretende estudar os impactos da disciplina dos riscos na seara do direito administrativo. A hipótese a ser analisada é se o Estado Moderno continua a fornecer instrumentos suficientes para atender às demandas contemporâneas em cenários cada vez mais cotidianos de grave incerteza técnico-científica, ou se deveria ser substituído por novo paradigma. Assim, em um primeiro momento são avaliados os elementos centrais da disciplina do direito administrativo do risco: inovação, erro e precaução. Após, a partir do aprofundamento do estudo dos princípios da segurança jurídica e da eficiência, são destacadas ferramentas fornecidas pela nova disciplina para solução de questões decorrentes de cenários de incerteza técnico-científica.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Gestão de Risco. Inovação. Precaução. Erro.

ABSTRACT

ANTOUN NETTO, Leonardo Silveira. *Risk regulation – innovation, precaution and error in public administration*. 2022. 172f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

The expansion of technical-scientific uncertainty scenarios requires responses from the Brazilian legal system. This paper aims to analyse the impacts of the risk regulation in administrative law. The hypothesis is whether the Modern State continues to provide sufficient instruments to offer contemporary demands in increasingly everyday scenarios of serious technical-scientific uncertainty, or whether it should be replaced by a new paradigm. Thus, at first, the central elements of the discipline of risk regulation are evaluated: innovation, error and precaution. Afterwards, based on a deeper study of the principles of legal certainty and efficiency, tools provided by the new discipline to solve questions arising from scenarios of technical-scientific uncertainty are highlighted.

Keywords: Administrative Law. Risk Management. Innovation. Precaution. Error.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 7

1 **CONTEXTUALIZAÇÃO DA LITERATURA DOS RISCOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO** 13

1.1 **Modernidade líquida, sociedade de riscos e o discurso da Pós-Modernidade: a permanência do Estado Moderno** 13

1.2 **Direito administrativo, regulação e novos riscos** 21

1.3 **A introdução prática da disciplina dos riscos no direito administrativo** 26

1.3.1 O direito sanitário e as origens do risco no direito público 26

1.3.2 A agenda das novas tecnologias 29

1.4 **Estreitando o conceito de risco para o direito público** 33

1.4.1 O que é risco para o direito público? 36

1.4.2 O direito administrativo contemporâneo e os papéis do risco 39

1.4.3 A singularidade do risco estudado: experimentalismo e inovação 41

1.5 **Entre o Estado Regulador e o Estado do Risco: uma proposta de definição do direito administrativo do risco** 44

2 **OS ELEMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO DO RISCO: A INOVAÇÃO, O ERRO E A PRECAUÇÃO** 50

2.1 **A inovação como elemento do direito administrativo do risco** 50

2.2 **Erro Administrativo: entre a catástrofe e a inovação** 53

2.2.1 Entre a captura e o controle: em busca de espaço de erro tolerável no âmbito do direito administrativo do risco 55

2.2.1.1 O falso dilema da autorregulação: erro, falhas regulatórias e captura 55

2.2.1.2 O falso dilema do controle: erro, desonestidade e improbidade 58

2.3 **A (re)descoberta do Princípio da Precaução** 63

2.3.1 As dimensões do princípio da precaução 64

2.3.2 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 69

2.3.3 Afinal, qual a natureza da precaução? 74

3 **DIREITO ADMINISTRATIVO DO RISCO E OS SEUS IMPACTOS SOBRE O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA** 78

3.1 **O princípio da eficiência e seus novos caminhos** 78

3.2 **A introdução de parâmetros normativos do erro administrativo legítimo** 81
3.2.1 A contratualização do erro administrativo: o advento da Lei de Inovação 82
3.2.2 A cláusula geral do erro administrativo e a reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro 90
3.3 **A (re)descoberta da *accountability*** 95
3.3.1 Nota prévia terminológica 95
3.3.2 Participação Social: chamar espíritos no vasto fundo? 96
3.3.3 O princípio da eficiência e a releitura do paradigma do insulamento técnico de decisões mais complexas: a participação social no direito administrativo do risco 99
3.3.4 A construção da accountability no Brasil e a disciplina do risco 106
3.3.4.1 A progressiva consolidação de instâncias técnicas na Administração Pública 106
3.3.4.2 A acidentada pavimentação da garantia da participação social no âmbito do direito administrativo do risco brasileiro 110
3.4 **Conclusões Parciais: os impactos do direito administrativo do risco sobre o princípio da eficiência** 118
4 **A INTRODUÇÃO DA DISCIPLINA DO RISCO E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA: COMO CONCILIAR VALORES APARENTEMENTE INCONCILIÁVEIS?** 122
4.1 **O princípio da Segurança Jurídica e seus novos caminhos** 122
4.2 **Perspectiva temporal: as normas temporárias** 127
4.3 **Perspectiva Espacial: a exploração do pacto federativo** 133
4.3.1 Acessibilidade e a proposta do experimentalismo democrático 133
4.3.2 É possível desenvolver um federalismo efetivo no Brasil à luz do direito administrativo do risco? 136
4.3.2.1 Perspectiva normativa: observação dos limites textuais do intérprete 136
4.3.2.2 Perspectiva experimental: como alcançar o melhor resultado à luz da Constituição? 140
4.4 **Conclusões parciais: conciliando o princípio da segurança jurídica com o direito administrativo do risco** 148
CONCLUSÃO 150
REFERÊNCIAS 152

INTRODUÇÃO

O pacto entre o Estado Moderno e o progresso científico, celebrado no curso do iluminismo oitocentista, promoveu verdadeira revolução da vida em sociedade. O dogma da razão e a centralidade do ser humano permitiram a progressiva diminuição de flagelos comuns à realidade daquela época, especialmente a fome, a guerra e as pestes. O professor Steven Pinker apresenta poderosos argumentos empíricos de como, no século XXI, a humanidade possui condições materiais e existenciais incomparavelmente mais robustas do que aquelas gozadas por seus antecessores[1].

No início do terceiro milênio, sob a influência desses mesmos valores iluministas, o mundo segue passando por transformações complexas. O historiador Yuval Noah Harari chega a especular que a agenda política contemporânea, em pouco tempo, envolverá a tentativa de aquisição de bens antes impensáveis pela sociedade, como a imortalidade, a felicidade e a divindade[2]. Nesse passo, o discurso de progresso, umbilicalmente construído junto à retórica da primazia técnico-científica, trouxe reconhecidos impactos positivos à vida da população mundial.

Contudo, paradoxalmente, a crença nesse mesmo progresso e na inevitabilidade do êxito científico vem sendo apontada como causa do aumento exponencial de questionamentos das decisões técnicas e políticas pela coletividade. Segundo Ulrich Beck, a percepção de que predições técnico-científicas por vezes não se verificam na realidade, deixaria claro que ainda subsiste grande margem de falibilidade humana, com a qual somos forçados a conviver. Em síntese feliz do professor, o êxito da Modernidade, refletido no progresso acima descrito, justifica sua crise sem precedentes, tornando a semântica do risco a profissão de fé contemporânea.

Diante da consciência de que o mundo não é como ele é, mas sim consequência direta de decisões humanas cotidianas, passíveis de falha, surge a insegurança quanto ao futuro – de progresso ou de decadência – e seu pretenso remédio: a tentativa de antecipá-lo, por meio do tecnicismo científico[3]. De fato, embora não seja propriamente um problema novo[4], os riscos

---

1 PINKER, Steven. Enlightenment now: the case for reason, science, humanism and progress. New York: Penguin, 2018.

2 HARARI, Yuval Noah. Homo Deus: Uma breve história do amanhã. Trad. Paulo Geiger. 1ª Ed. São Paulo: Cia das Letras, 2016, p.30.

3 BECK, Ulrich. Sociedade de risco mundial – em busca da segurança perdida. Lisboa: Edições 70, 1ª Ed., 2015, p.22-23.

assumem papel cada vez mais relevante e exigem do Estado respostas mais rápidas e eficazes. Em trabalho recente, o professor Luís Roberto Barroso destacou a centralidade dos riscos no século XXI, exemplificando ao menos três questões que demandarão soluções inovadoras, notadamente, o rápido avanço mundial de tecnologias disruptivas, as crises vivenciadas por regimes democráticos e os impactos do desenvolvimento humano sobre o meio ambiente e os recursos naturais finitos da fauna e da flora[5].

Infelizmente, são recorrentes cenários em que a regulação estatal não dá conta de administrar adequadamente os riscos, gerando prejuízos constantes à legitimidade da intervenção regulatória do Estado. A crise do mercado financeiro mundial, ocorrida no ano de 2008, potencializou as pesquisas em torno do tema da regulação dos riscos, evidenciando a insuficiência da dinâmica da autorregulação e a grave assimetria de informações existente em desfavor mesmo de governos de grandes potências, como os Estados Unidos e o Reino Unido. A injeção de cifras milionárias de dinheiro público como solução para evitar o colapso de grandes instituições financeiras durante este período fragilizou a imagem de lideranças políticas mundiais[6].

Embora seja considerada paradigmática para os estudos da regulação do risco, a crise financeira mundial de 2008 está longe de ser um fato isolado. No século XXI, são cotidianos eventos que, em maior ou menor escala, impactam a confiança da sociedade no Estado. Em 2016, o escândalo da Cambridge Analytica escancarou a malversação de dados pessoais por grandes plataformas digitais e a debilidade do sistema regulatório face aos novos desafios da era digital. Iniciada no ano de 2019, a crise sanitária sem precedentes acarretada pela pandemia da Covid-19 ceifou centenas de milhares de vidas humanas e demonstrou o grande dissenso técnico-científico em torno da melhor solução a ser implementada na contenção da ameaça biológica.

No Brasil, não é menos frequente a ocorrência de eventos decorrentes do mau gerenciamento de riscos. Nos anos de 2015 e de 2019, respectivamente, o rompimento das barragens das hidrelétricas de Mariana e de Brumadinho levaram à destruição ambiental, ao

---

[4] "A regulação de riscos dificilmente é uma nova atividade para o Estado, assim como não há novidade no fato de a regulação prevenir riscos (...) Muitos exemplos do atual "Estado Regulador" britânico foram desenvolvidos a partir do reconhecimento de que industrialização representava riscos à saúde, segurança e bem estar de navios de passageiro, fábricas, estradas e ferrovias" (BLACK, Julia. The role of risk in regulatory processes. In BALDWIN, R.; CAVE, M., LODGE M. Oxford Handbook of Regulation. Oxford University Press, 2010, p.303 – Tradução livre)

[5] BARROSO, Luís Roberto. Revolução digital, crise da democracia e aquecimento global: limites do Direito em um mundo em transformação. Mimeografado, 2019.

[6] SANDEL, Michael J. O que o dinheiro não compra – Os limites morais do mercado. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 9ª Ed., 2017, p.17.

sacrifício de dezenas de vidas e à exposição da fragilidade regulatória do setor[7]. No ano de 2017, a indústria de alimentos conviveu com crise gestada a partir da operação "Carne Fraca", organizada pela Polícia Federal, a qual evidenciou problemas graves de adulteração de gêneros alimentícios. Ainda no país, se deu o rumoroso caso do fármaco Talidomida, multicitado no campo da regulação farmacêutica por ter ocasionado o nascimento de milhares de crianças com malformações e ao reconhecimento, pelas leis federais nº 7.070/82 e 12.190/10, da responsabilidade civil do Estado brasileiro.

As sociólogas Bridget Hutter e Sally Lloyd-Bostock, em estudo empírico de outras catástrofes ocorridas no Reino Unido, destacam como o gerenciamento equivocado de riscos produz impactos negativos à imagem da regulação estatal[8]. De fato, em uma sociedade complexa e com recursos humanos e financeiros cada vez mais escassos, os riscos assumem papéis extremamente relevantes. O Direito e o Estado contemporâneos, portanto, são desafiados a encontrar ajustes institucionais que permitam a sua acomodação, de modo a antecipar ou ao menos amortecer catástrofes de maneira eficaz. Nesta quadra histórica, a reflexão sobre os limites e potencialidades da regulação de riscos torna-se, pois, parte necessária do debate acadêmico. É a essa questão que se dedica o presente estudo.

À luz das considerações acima, que evidenciam a atualidade do tema a ser desenvolvido, passa-se ao plano de trabalho. A hipótese a ser investigada ao longo dos capítulos é em que medida seria possível compatibilizar o direito administrativo e o Estado Moderno com a literatura contemporânea dos riscos[9]. Firmada a premissa de que a regulação estatal é capaz de oferecer respostas suficientes às dificuldades inerentes ao século XXI, é natural que muitos dos institutos já conhecidos entre os seus estudiosos continuem a ser utilizados pelo direito administrativo. O presente estudo, portanto, tentará pinçar quais

---

[7] "Dada a economia política do Brasil, é provável que o governo, as pressões do mercado, as cortes e o ministério público encontrarão alguma forma de garantir que a Vale possa arcar financeiramente com o inevitável pagamento de compensações. Contudo, existe pouca esperança de "lições aprendidas" com os episódios. Existem centenas de barragens similares em áreas de exploração mineral. O Brasil foi abalado com dois desastres em curso espaço de tempo; no entanto, os riscos associados ao apetite do país pela exploração de recursos naturais permanecem intransponíveis." (GAETANI, Francisco; CUNHA, Bruno Queiroz; CARVALHO, Sergio Henrique de. The limits of learning from disasters. Risk & Regulation Magazine, v.37, 2019, p.34 – Tradução livre).

[8] HUTTER, Bridget; LLOYD-BOSTOCK, Sally. Regulatory crisis – Negotiating the consequences of risks, disasters and crises. Cambridge: Cambridge University Press, 1ª Ed., 2017, p.05-08.

[9] Na concepção de Karl-Heinz Ladeur, que será mais bem explorada ao longo do trabalho: "o direito administrativo é profundamente caracterizado por transformações paradigmáticas que são gestadas por gestores públicos em processos experimentais e, ao final, estabilizadas pela jurisprudência e pelo legislador" (LADEUR, Karl. The Evolution of General Administrative Law and the Emergence ofPostmodern Administrative Law, p.05 – Tradução livre.)

questões, atores e ferramentas passarão a gozar de maior centralidade em uma regulação vocacionada à tutela da "sociedade de riscos mundial" e de seus respectivos dilemas.

Para isso, o primeiro capítulo pretende contextualizar a literatura dos riscos nas ciências sociais, o discurso da pós-modernidade e seus impactos sobre a relação entre Estado e sociedade no século XXI. Ainda nesse capítulo serão apresentadas a noção geral de "risco", sua origem, suas funções na construção do direito público e por qual razão se defende que a ele deve corresponder um novo estágio de desenvolvimento da regulação estatal. Nesse tópico, serão abordadas distinções terminológicas importantes para a compreensão do restante do trabalho. Após a elaboração das linhas gerais sobre o tema, será proposto um conceito para o direito administrativo do risco e explorado o seu grande vetor hermenêutico, qual seja, o princípio da precaução.

Em seguida, no segundo capítulo, serão destacadas as potencialidades desse "risco" para o direito administrativo a partir do estudo de seus elementos, a saber, a inovação, o erro e a precaução. A bem de ver, o direito administrativo do risco pretende moldar instrumentos capazes de promover o equilíbrio entre estas categorias, com a criação de parâmetros substantivos e procedimentais da decisão pública e do controle em ambiente de risco. Assim, o seu estudo pelo direito público é importante para elaboração de ferramentas jurídicas que permitam equacionar a margem de erro tolerável em cenários de incerteza técnico-científica, que exigem criatividade do gestor, à luz do princípio da precaução, orientando a gestão pública.

A partir dessas premissas, o terceiro e o quarto capítulos passam a se debruçar sobre o estudo de ferramentas que poderão auxiliar o Estado nesse contexto experimental. À luz da reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, levada a efeito pela lei federal nº 13.655/18, discute-se a relação existente entre o processo contemporâneo de ressignificação dos princípios da eficiência e da segurança jurídica e a nova perspectiva do direito administrativo do risco. Assim, são investigados os possíveis impactos diretos e indiretos da releitura destes dois princípios, pilares do Estado Moderno, para a viabilização de um direito público que atenda às necessidades da "sociedade de riscos mundial" no século XXI.

Assim, o terceiro capítulo reflete acerca de duas premissas tradicionais do direito administrativo que serão revisitadas à luz do princípio da eficiência: a aversão ao erro na gestão pública e a crença de que *experts* fornecerão sempre a única resposta correta aos problemas postos. De um lado, é apresentada perspectiva mais flexível do erro administrativo e de seus efeitos positivos no fomento à inovação na Administração Pública brasileira. A

partir do estudo da evolução doutrinária e legislativa acerca do tema, apontam-se as ferramentas de natureza contratual e normativa que o direito público já dispõe em favor dos gestores públicos e das políticas de inovação, apostando na curva de aprendizado institucional e na naturalização do erro.

De outro lado, ainda no terceiro capítulo, será debatida a relação entre agentes democraticamente eleitos, agências reguladoras e sociedade civil, explicitando as tendências contemporâneas do conflito atemporal entre técnica e política. Os choques entre a legitimidade democrática e o primado da técnica serão relidos à luz do contexto de um direito administrativo do risco. O tópico explorará a centralidade da *accountability* e da burocracia nos processos de aprendizagem e de amadurecimento das respostas construídas pelos órgãos administrativos. A *accountability*, pensada como solução de compromisso do conflito aparente entre democracia e ciência, deverá ganhar novos contornos diante do reconhecimento de limites do primado da técnica em questões complexas envolvendo gerenciamento de riscos.

Noutro giro, o quarto capítulo abordará as transformações sofridas pelo princípio da segurança jurídica que, acredita-se, serão responsáveis pela (re)valorização de mecanismos há muito positivados – embora ainda de baixa efetividade – no direito público brasileiro. Nesse sentido, será proposta a divisão didática deste tópico de modo a explorar as consequências relevantes da releitura principiológica tanto sob a perspectiva temporal, quanto sob a perspectiva espacial. Quanto à perspectiva temporal, a edição de leis temporárias, embora prevista desde 1942 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, será ressignificada à luz do direito administrativo do risco, ganhando em relevância suas modalidades de norma experimental e de *sunset clauses*.

A perspectiva espacial, por seu turno, reflete as potencialidades de um federalismo efetivo no gerenciamento de riscos. A atribuição de maior espaço de competências a estados[10] poderia funcionar como instrumento de promoção de experimentalismo a mais baixo custo de transação[11]. A ampliação dos atores políticos com autonomia decisória diminui a eficiência dos pontos de veto que afetam os órgãos nacionais, permitindo a superação dos entraves

---

[10] A metáfora de Estados como laboratórios foi explorada pela primeira vez no voto vencido do *Justice* Brandeis, na Suprema Corte dos Estados Unidos, país que também adota a forma de Estado federalista (New State Ice Co v. Liebmann, 285 US 262, 52 S. Ct. 371, 76L.ed.1932).

[11] O professor José Vicente explicita que o multipartidarismo fragmentado, os bloqueios de grupos de interesse, os equilíbrios instáveis e a própria morosidade do processo legislativo são barreiras que aumentam de forma exponencial os custos de transação da inovação via Legislativo. Ver: MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, v.17, n.69, 2017.

frequentes à inovação[12]. Ademais, a aprovação de projetos de lei em legislativos unicamerais, com menor número de parlamentares, torna a barganha política estadual menos onerosa. Ainda nesse contexto, também facilita a edição de leis dessa natureza o seu impacto reduzido, exclusivamente a nível regional. Todos esses aspectos serão mais bem desenvolvidos no quarto capítulo.

No capítulo da conclusão, enfim, serão elucidados os pontos principais do que será proposto ao longo do trabalho. O direito administrativo do risco representa uma das novas agendas de pesquisa do direito público no século XXI, dada a necessidade de aprofundamento – e não de abandono – da regulação, de sua caixa de ferramentas e da estrutura do Estado tal qual conhecemos. Este trabalho pretende, portanto, partindo da premissa de permanência da centralidade estatal, contribuir com a melhor compreensão do tema, apresentando técnicas regulatórias que o direito administrativo do risco oferece àqueles que são desafiados por cenários de incerteza técnico-científica na gestão pública.

---

[12] "A centralização federativa complicou ainda mais esse jogo, porque tornou governadores e prefeitos também agentes demandantes diante da União. O principal recurso que eles têm para obter concessões presidenciais são seus deputados e senadores. (...) São muitos os agentes e os interesses envolvidos. As demandas se cruzam e se contradizem, dividindo a coalizão governista. Os pontos de veto se multiplicam e, se há demandas cruzadas, em contrariedade, haverá pontos de veto que se opõem. Um processo sempre sujeito a paralisias decisórias, que consome tempo, energia, recursos e produz resultados subótimos. A multiplicação dos pontos de veto tem a virtude de assegurar a permanência e estabilidade das políticas. É um bom resultado em tempos normais, mas péssimo quando a continuidade está visceralmente atrelada ao atraso e ao domínio oligárquico e se precisa mudar. Daí o fracasso de todas as reformas." (ABRANCHES, Sérgio, Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1ª Edição, 2018, p.357)

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA LITERATURA DOS RISCOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

> *"Riscos seriam tipos de acontecimentos de natureza sistêmica, descritíveis em termos estatísticos e, neste sentido,* "*calculáveis*"*, podendo assim ser submetido a regras de compensação e de prevenção acima do nível individual"*
> (ULRICH BECK, SOCIEDADE DE RISCO MUNDIAL – EM BUSCA DA SEGURANÇA PERDIDA. LISBOA:EDIÇÕES 70, 1ª ED., 2015, P.27).

1.1 Modernidade líquida, sociedade de riscos e o discurso da Pós-Modernidade: a permanência do Estado Moderno

O Estado não escapa ao processo contemporâneo de transformações aceleradas por que passa o mundo, e muitas de suas instituições e premissas são colocadas em xeque por estudiosos do direito administrativo[13]. O professor Jacques Chevalier, ainda no início do século XXI, destacava a emergência de novas instituições e atores que, em suas palavras, "enquadram", "rivalizam" e "englobam" as autoridades estatais[14]. Segundo sua concepção, estaria em curso a gestação de um Estado Pós-Moderno, o qualdemandaria a manipulação de riscos, com emprego de governança e de um direito administrativo plural, negociado e flexível[15].

A celeridade e a complexidade das transformações geram incertezas e constantes conflitos no espaço público. Este é um diagnóstico comum da realidade contemporânea na literatura das ciências sociais, difundido por meio de expressões conhecidas, como a "sociedade de riscos mundial" de Ulrich Beck e a "modernidade líquida" de Zygmunt

---

[13] O cientista político Sergio Abranches, em ensaio, chega a afirmar que "Também no diálogo público sobre o revigoramento das instituições da democracia na era digital, a discussão se circunscreve aos políticos, aos juristas, aos politólogos, à militância mais engajada. Ela se faz sob o falso véu de conhecimentos técnicos e jurídicos inalcançáveis pelos cidadãos. Na verdade, estão dando voltas em tornodo modelo analógico de democracia, que emite fortes sinais de ter chegado a seu limite de funcionalidade". (ABRANCHES, Sergio. A Era do Imprevisto: A grande transição do século XXI. São Paulo: Cia das Letras, 1ª Ed., 2017, pp.58-59).

[14] "Marcada pela fragilidade, em virtude de uma dúvida permanente sobre a legitimidade das decisões tomadas, regida pela complexidade em razão da emergência de novos atores, e dominada pela incerteza, em razão de flutuação das relações de força, a política pós-moderna contrasta com as formas clássicas de exercício da autoridade; a partir daí, é a questão da governabilidade das sociedades contemporâneas quese encontra posta." (CHEVALIER, Jacques. O Estado pós-moderno. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.270).

[15] "Para além da diversidade destas expressões, a governança é sustentada por um conjunto de representações, constitutivas de uma verdadeira ideologia: a imagem de um mundo acalmado,reconciliado pela absorção dos conflitos e a erradicação dos antagonismos irredutíveis; o esfacelamentodo poder, as escolhas coletivas não sendo mais uma questão de política mas sim de técnica; a banalização do Estado, que não seria mais do que um mero ator entre outros; a crença na possibilidade de uma autorregulação dos grupos sociais; (...)" (CHEVALIER, Jacques. Ibidem, p.274).

Bauman[16]. Nesse novo contexto, é cada vez mais influente o discurso de que as estruturas tradicionais do Estado Moderno não mais conseguem responder de forma satisfatória às necessidades sociais do século XXI, demandando o surgimento de novos protagonistas.

Para Zygmunt Bauman, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, a coletividade substituiu a modernidade sólida por outra, de natureza líquida. A partir dessa metáfora, o sociólogo polonês descreve a sociedade do final do século XX como fluida e fragmentada, o que produziria, sistematicamente, projetos de vida mais individualistas e efêmeros. A fragmentação e a menor estabilidade das escolhas individuais geram cenário de insegurança, de incerteza e de flexibilidade. A adaptabilidade humana e a expansão de tecnologias naturalizam a mudança cada vez mais frequente dos rumos da política, da economia e da sociedade na atualidade.

Em linha semelhante, Ulrich Beck defende que a "sociedade de riscos mundial" do século XXI já não se confunde com a sociedade moderna weberiana do início do século XX[17], exigindo a reconfiguração do Estado. De um lado, a sociedade moderna, descrita por Max Weber, se fiaria na controlabilidade dos perigos e das incertezas geradas pelo progresso científico a partir da intervenção de um Estado que distribuiriaos riscos de forma mais justa. A "sociedade de riscos", por sua vez, surge na segunda metade do século XX, se intensifica ao longo do século XXI – na figura da "sociedade de risco mundial" – e decorre paradoxalmente da vitória do discurso de progresso da modernidade e do consequente menor grau de controlabilidade dos riscos.

Segundo a narrativa do sociólogo alemão, o progresso técnico-científico acelerou processo de transformação social e criou riscos supostamente incontroláveis pelo aparato estatal[18]. O surgimento da bomba atômica e os avanços no campo da biotecnologia geram a efetiva possibilidade de destruição da humanidade. A burocratização levada ao extremo teria permitido a espantosa insensibilidade durante o Holocausto de grupos minoritários na Alemanha. O professor cita, ainda, questões contemporâneas de equacionamento pouco provável pelo Estado, como a expansão do terrorismo, a gradativa diminuição da

---

[16] A expressão "sociedade de riscos" ficou famosa a partir da obra do sociólogo alemão Ulrich Beck (BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998). Já a percepção da "modernidade líquida" decorre dos estudos de Zygmunt Bauman (BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Trad. Plínio Dentzien. Cambridge: Polity, 2000)

[17] WEBER, Max. A gênese do capitalismo moderno. Organização, apresentação e comentários: Jessé Souza. Tradução: Rainer Domschke. São Paulo: Ática, 2006.

[18] BECK, Ulrich. Op.Cit., 2015, p.28.

empregabilidade humana diante do desenvolvimento de novas tecnologias e a dificuldade de manutenção de um sistema financeiramente saudável de proteção social.

Todos esses fenômenos, para o autor, teriam gênese comum: a destruição das certezas do Estado Moderno pelo próprio progresso científico. Diante disso, o professor destaca a impossibilidade de que este Estado, tal como configurado, possa efetivamente dar conta dos novos desafios postos pela "sociedade de riscos mundial" do século XXI. Pondera, contudo, que *o mundo já acabou muitas vezes* e que o desafio imposto aos estudiosos das ciências sociais é justamente pensar novas estruturas que possam cumprir a função destinada ao modelo de Estado Moderno que já não se sustentaria mais[19].

Assim, na linha daqueles que acreditam no esvaziamento da autoridade estatal, houve quem defendesse que o fenômeno da globalização passaria a conferircentralidade a entidades supranacionais e internacionais na tomada das decisões políticas mais relevantes, o que vem sendo contestado por episódios recentes que indicam o seu progressivo refreamento[20]. Outros acreditavam que seriam autoridades locais, surgidas espontaneamente em pequenas comunidades, que ocupariam esta posição de destaque. Por fim, também havia aqueles que sugeriam a transferência gradual de funções típicas de Estado a grandes corporações multinacionais, incentivando o uso mais abrangente da autorregulação e de mecanismos privados de solução de conflitos.

Esses novos atores – internacionais ou nacionais, públicos ou privados – redimensionariam os papéis destinados à autoridade estatal, renovando a demanda social por participação e por *accountability* no processo de tomada de decisão administrativa no século XXI[21]. Em comum, todas essas linhas de pensamento apostam na contínua degradação do Estado Moderno e em sua substituição por um novo paradigma, ainda em construção. No contexto do direito administrativo, um dos grandes defensores da pós-modernidade, que tinha

---

[19] BECK, Ulrich. Op.Cit., 2015, p.393.

[20] É bem verdade que fenômenos recentes apontam para uma retração da globalização, especialmente a vitória do *Brexit* na Inglaterra. Embora ainda não tenha enfrentado esta realidade específica, Jacques Chevalier já teve oportunidade de refutar argumento semelhante, referente, à crise de 2008 no Pósfacio desua obra. Segundo o professor, "Adota-se posição diametralmente oposta a essa interpretação, na medida em que a crise parece, muito ao contrário, confirmar, senão mesmo acentuar, o processo de transformação do Estado que nós tentamos evidenciar: se ela marca o fim de uma "globalização feliz", isso nunca foi senão um mito (I): as condições de intervenção dos Estados na Economia permanecem conformes aonovo papel que lhes foi atribuído ao longo dos últimos anos (II); e, sobretudo, a crise conduz à consolidação da ordem transnacional em formação (III)." (CHEVALIER, Jacques. Op.Cit., p.279)

[21] No que toca à insuficiência de soluções top-down na disciplina do risco pelo Estado Regulador, ver: VISCUSI, W. Kip, The Fatal Failure of the Regulatory State. William & Mary Law Review, Forthcoming; Vanderbilt Law Research Paper No. 18-18, 2018.

como premissa de seu trabalho a incontornável crise do Estado Moderno, é o professor francês Jacques Chevalier.

Segundo o autor, o Estado Pós-Moderno seria parte dessa adaptação estrutural a um mundo que convive cotidianamente, e de forma cada vez mais frequente, com riscos[22], aos quais o paradigma do Estado Moderno não seria mais capaz de fornecer respostas consistentes. Nesse sentido, o professor Jacques Chevalier destaca ao menos três facetas tradicionais da Administração Pública que seriam revisitadas pelo novo paradigma do Estado Pós-Moderno – e que evidenciariam a necessidade de mudanças estruturais incompatíveis com o Estado Moderno tal como hoje pensado –, a saber, o Estado-garante, o Estado-supervisor e o Estado-protetor.

O Estado-garante é aquele que produz coesão social e segurança, proporcionando a manutenção da ordem pública. Em um Estado Pós-Moderno, a percepção de segurança demanda necessariamente a garantia de meios eficazes de combate aos riscos de todas as espécies. É dizer que, para o professor, a potencialização de riscos já conhecidos e a materialização de novos passarão a exigir da autoridade estatal atuação preventiva, pautada na cooperação internacional, no postulado da Ciência e em novo catálogo de princípios oriundos da noção de precaução, como os subprincípios da aversão ao risco, da resistência a compromissos irreversíveis e da justiça intergeracional[23].

Por sua vez, o Estado-supervisor é aquele que atua na economia de modo subsidiário, apenas combatendo as falhas de mercado, em substituição ao antigo Estado operador e dirigista de meados do século XX. Segundo leciona Jacques Chevalier, no paradigma do Estado Pós-Moderno há um aprofundamento dos ideais de subsidiariedade, de supletividade e de parceria. O Estado regulador e estrategista passa a conviver de forma mais abrangente com os fenômenos da autorregulação, da corregulação e do fomento. O novo paradigma

---

[22] "Essa necessidade de regulação é percebida de maneira ainda mais intensa nas sociedades contemporâneas, que se tornam "sociedades de risco". Novas ameaças surgem sem cessar (sangue contaminado, vaca louca, poluição...) e a evolução científica e técnica é plena de incertezas (explosão das biotecnologias e das tecnologias da informação e da comunicação...)". (CHEVALIER, Jacques. Op.Cit., p.130)

[23] "A lógica da segurança, a partir de então, vai muito além da simples exigência da manutenção da ordem, para se estender à proteção contra os riscos de qualquer natureza. – A sociedade pós-moderna é, jáse viu, uma "sociedade de risco" (U. BECK, 1986; P. LAGADEC, 1981). À medida que surgem novos riscos, ligados à explosão das ciências e das técnicas, e notadamente das biotecnologias, criando um contexto de incerteza estrutural, e que riscos antigos (catástrofes naturais, poluição, risco nuclear) adquirem uma nova dimensão, a fragilidade, a vulnerabilidade daquela tendem a se incrementar (...) A emergência desses novos riscos, imprevisíveis, não calculáveis e envolvendo consequências irreversíveis, somente pode ressaltar as falhas dos sistemas de proteção existentes e ampliar o sentimento de insegurança (R. CASTEL, 2004). – Essa elevação dos riscos demanda o recurso a novas estratégias, que consistem na adoção de medidas não somente reparadoras, mas ainda preventivas." (CHEVALIER, Jacques, Op.Cit., p.68).

envolveria, assim, o amadurecimento dos papéis estratégico, regulador, interativo e indutor do desenvolvimento pelo Estado[24].

Por fim, o Estado-protetor corresponde à faceta pública responsável por políticas redistributivas de caráter social. No ponto, é sugerida a continuidade do processo de crise do paradigma do *Welfare State*, com a expansão de regimes complementares de previdência social, de saúde pública e de assistência social. Paralelamente, Jacques Chevalier aposta na consolidação da aplicação do princípio da solidariedade, com a ressignificação e o aprimoramento do sistema de tributação dos países para que se tornem mais justos sob o ponto de vista fiscal[25]. Ainda segundo o professor, na arena pública, as organizações supraestatais e internacionais, as grandes corporações multinacionais e os órgãos de atuação local possuiriam papel de destaque para conformação de soluções a problemas cada vez mais complexos.

Em decorrência dessas novas facetas, Jacques Chevalier defende a existência de processo de fragmentação da autoridade pública. No campo das relações internacionais, o autor acena a um suposto aprofundamento da interdependência entre os diversos Estados nacionais. Na relação público-privado, seria constatado processo de atenuação da singularidade estatal, com sua desmistificação, banalização e reforma, em prol da maior eficiência administrativa[26]. Por fim, na relação público-público, o Estado, internamente, passa por processo de intensa fragmentação horizontal e vertical para atender à multiplicidade de problemas a ele submetidos[27].

---

[24] MARRAFON, Marco Aurélio. Reengenharia constitucional para superar a crise da democracia liberal. Revista Consultor Jurídico – Coluna "Constituição e Poder", 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-05/constituicao-poder-reengenharia-constitucional-superar-crise-democracia-liberal> Último acesso em: 26.07.2020.

[25] "Se o Estado mantém um papel fundamental em matéria de proteção social, tal se encontra em via de redirecionamento e de reestruturação. Mas, sobretudo, o imperativo de coesão social conduz doravante a um novo acento colocado sobre a ideia de solidariedade" (CHEVALIER, Op.Cit, p.80).

[26] "No plano interno, a governança parece ser imposta pelo novo contexto em que a ação do Estado se manifesta: coincidindo com o surgimento de um "Estado regulador", que renuncia a impor um projeto de desenvolvimento e se limita a assegurar a manutenção de um equilíbrio global, ela explica as novas características de um direito que supõe cada vez mais a associação dos destinatários ao processo de elaboração das normas (direito negociado) e privilegia os processos informais de influência e de persuasão (direito flexível); além disso, o pluralismo se inscreve na lógica de uma democracia participativa visando a envolver os diversos interesses sociais na elaboração das escolhas coletivas." (CHEVALIER, Jacques. Op.Cit., p.275).

[27] "Ao nível territorial, também, o aumento na ordem da complexidade impôs o recurso aos procedimentos de governança: o "governo das cidades" tenderia assim a tornar-se o produto de iniciativasadotadas por múltiplos atores — autoridades locais, mas também grandes empresas públicas e privadas, grupos de engenharia urbana, administrações setoriais, grupos de interesse, associações (P. LE GALÈS, 1995); e a técnica contratual é utilizada para formalizar os compromissos assumidos pelos diversos parceiros." (CHEVALIER, Jacques. Op.Cit., p.276).

A análise conjunta de todos esses fenômenos permite inferir que o impacto dos riscos e da escassez de recursos no processo de escolha pública tornará ainda mais sensível sua condução pelos gestores, sua participação pelos interessados e sua eventual fiscalização pelos órgãos de controle. É possível que esse processo justifique as repetidas críticas ao Estado Moderno que, no limite, caracterizariam o cenário de crise. De fato, a literatura destaca que a crise e o mal-estar contínuos e agudos de determinado sistema qualificam e antecipam rupturas profundas, levando, muitas vezes, ao surgimento de um paradigma mais adequado à nova ordem[28].

Dessa forma, o problema posto é em que medida o paradigma do Estado Pós-Moderno, adaptado à realidade da "sociedade de riscos mundial" descrita por Ulrich Beck e às relações fluidas construídas na "modernidade líquida" de Zygmunt Bauman, transforma o paradigma existente do Estado Moderno e afeta – ou deveria afetar – o direito administrativo contemporâneo. Ainda que se concorde com a premissa defendida pelo professor Jacques Chevalier, de que o Estado passa a se relacionar com instituições que "enquadram", "rivalizam" e "englobam" sua autoridade, e que a ele são atribuídas novas funções decorrentes da disciplina dos riscos, entende-se que este mesmo Estado e o direito administrativo continuarão a exercer papel central nesse processo.

Assim, a hipótese[29] a ser investigada ao longo do trabalho é se, à luz da realidade imposta dos riscos, o direito administrativo e o Estado Moderno permanecem capazes de fornecer as respostas que a sociedade demanda ou se, como defendem os autores vinculados à pós-modernidade, é preciso refletir sobre novas estruturas de poder. A perspectiva que será objeto de reflexão é a de que seria possível – e, mesmo, mais adequado – repensar as estruturas do Estado Moderno, e não abandoná-las[30]. Diante de um mundo em transformação, a resposta não deve ser o esvaziamento da autoridade pública, mas sim a reengenharia do

---

[28] Sobre o tema: KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. Trad. Paulo Aukar. Santa Maria: Edição do Tradutor, 2018.

[29] Registro, aqui, os agradecimentos pelas ricas contribuições e reflexões dos professores José Vicente Santos de Mendonça e Gustavo Binenbojm, ainda na fase de qualificação deste trabalho, as quais foram essenciais para o amadurecimento da hipótese objeto desta pesquisa.

[30] "Muitos economistas e cientistas políticos neoliberais alegam que é melhor deixar todas as decisões importantes nas mãos do livre mercado. Com isso, estão dando aos políticos a perfeita desculpa para a inação e a ignorância, que são reinterpretadas como sabedoria profunda. Políticos acham que é conveniente acreditar que eles não compreendem o mundo porque não precisam compreendê-lo. No entanto, misturar uma tecnologia que parece divina com uma política míope tem desvantagens. (...) É perigoso confiar nosso futuro às forças do mercado porque elas fazem o que é bom para o mercado e nãoo que é bom para o gênero humano ou para o mundo." (HARARI, Op.Cit., p.379).

próprio Estado[31], com a valorização e a revalorização das ferramentas fornecidas pelo direito administrativo.

A premissa deste trabalho, portanto, é a de que o Estado Moderno é capaz de construir soluções a contento para os problemas do século XXI. Afastar-se dela – como fazem os adeptos da Pós-Modernidade – desestimula o debate acerca do aperfeiçoamento institucional, porque não se reconhece o potencial de adaptação dos mecanismos estatais ao atendimento das finalidades públicas. Por essa razão, é pressuposto para a investigação empreendida neste trabalho a permanência do Estado Moderno e de ferramentas que, com a modelagem adequada, poderão fornecer respostas suficientes à "sociedade de riscos mundial" vislumbrada por Ulrich Beck.

Além disso, à luz do próprio constitucionalismo contemporâneo e da teoria dos direitos fundamentais, também se reforça a premissa adotada. Isso se dá em virtude da constatação de que o destinatário último dos riscos e das catástrofes decorrentes das más escolhas estatais é o indivíduo concreto[32]. Dessa forma, há relevante acréscimo quantitativo e qualitativo do espaço de conformação destinado ao Estado e ao direito público sob esta perspectiva. Com efeito, escolhas adequadas da Administração Pública eliminam, reduzem significativamente ou ao menos pulverizam riscos, viabilizando a existência digna das pessoas humanas.

Como bem aponta o professor Gustavo Binenbojm, a constitucionalização do direito administrativo consagra o reconhecimento da Administração Pública como parte relevante da concretização e da promoção de direitos fundamentais, em suas dimensões objetiva e subjetiva[33]. É dizer que, na atual quadra constitucional, os direitos fundamentais não apenas possuem eficácia bloqueadora de medidas administrativas indevidas, mas também eficácia habilitadora, dando ao Estado papel mais ativo na proteção dos cidadãos. Mais recentemente, o mesmo professor denominou esse eixo de transformação do direito administrativo de giro democrático-constitucional, o qual impõe a releitura de seus institutos a partir da lente dos direitos fundamentais[34]. Assim, a centralidade do Estado administrativo na disciplina dos riscos seria também decorrência do processo de constitucionalização, conforme será aprofundado nos capítulos seguintes.

---

[31] A expressão é alcunhada pelo professor Marco Marrafon. MARRAFON, Marco Aurélio, Op.Cit, 2019.

[32] BECK, Ulrich. Op.Cit., 2015, p.354.

[33] BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª Edição, 2014 pp.72-76.

[34] BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação – Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2ª Ed., 2016, p.121-129.

Em linha com a premissa adotada neste trabalho, na tentativa de buscar respostas dentro da moldura do Estado Moderno, Orly Lobel apresenta modelo de Nova Governança (*new governance*)[35]. A autora não discorda que o direito administrativo do século XXI testemunha grandes transformações, processo por ela equiparado a um *Renew Deal*. Em suas palavras, o antecessor modelo do *New Deal* teria sido pautado em premissas de certeza, de ordem, de racionalidade, de universalidade e de objetividade. Por seu turno, no século XXI, o fenômeno do *Renew Deal* forçará o Estado e o direito administrativo a conviverem com os reflexos da introdução de novos parâmetros sociais de indeterminação, de desequilíbrio, de experimentalismo, de diversidade, de casuísmo e de subjetividade que passam a desafiar a construção das decisões públicas inovadoras[36].

À luz do contexto contemporâneo, porém, Orly Lobel não acredita propriamente em um rompimento com a estrutura do Estado Moderno. Defende, sob outra perspectiva – mais afinada com a do presente trabalho –, a expansão de ferramentas administrativas já existentes que possam melhor atender aos anseios de inevitabilidade da mudança constante, de incentivos à flexibilidade regulatória e do foco em aprendizado institucional[37]. O direito administrativo passaria a ser guiado, assim, por parâmetros de flexibilidade, de adaptabilidade, de contextualização e de diversificação de suas normas, que seriam elaboradas em conjunto com a sociedade civil e em múltiplos níveis de governo local, nacional e internacional.

O processo de elaboração das normas pelo Estado seria dinâmico, interativo e experimental. O foco da atuação dos agentes públicos passaria a ser o aprendizado institucional e a promoção da inovação. Assim, a despeito da concordância quanto à premissa das transformações sociais adotada pelos autores da pós-modernidade, a autora deposita confiança em prognóstico diverso, a saber, na construção de soluções dentro do atual paradigma. Em síntese, acredita na reengenharia do Estado, à luz de um modelo de Nova Governança (*New Governance*), capaz de incorporar inéditas funcionalidades ao direito

---

35 LOBEL, Orly. The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought. Minnesota Law Review, v.8, San Diego Legal Studies Paper nº 07-27, p. 325-326– Tradução livre.

36 LOBEL, Orly. Ibidem, nota de rodapé 50.

37 "Visto que uma premissa básica do modelo de governança é a inevitabilidade e a fertilidade da mudança, a nova visão é otimista sobre a insegurança e a dúvida. Na verdade, ao contrário da regulação tradicional, a governança trata a ambiguidade como uma oportunidade, em vez de um fardo a sersuperado. (...) Enquanto a regulação é um ato ordenador, governar é um processo de aprendizagem. O novo modelo está mais bem posicionado para aceitar a incerteza e a diversidade, avançando iterativamente em direção a soluções viáveis. O papel do Direito é promover práticas que permitam revisão e melhoria incremental. (LOBEL, Orly. Op. Cit., p.316 – Tradução livre).

público, mais apropriadas aos problemas apresentados pela "sociedade de riscos mundial" de Ulrich Beck no século XXI.

Diante das incertezas do novo tempo, o direito administrativo precisa de estudiosos comprometidos com a ressignificação do papel do Estado, e sem medo do experimentalismo necessário à consolidação de novas soluções para os – igualmente novos – problemas enfrentados pela coletividade. Acredita-se que, a partir da incorporação de três novos elementos ao direito público – erro, inovação e precaução –, o Estado Moderno continuará ocupando papel central na concretização de direitos fundamentais em questões que envolvam risco. Antes do estudo mais aprofundado de cada um desses elementos, contudo, é importante esclarecer o que se entende por "risco", seus papéis e seu impacto sobre o direito administrativo.

1.2 Direito administrativo, regulação e novos riscos

O direito administrativo é disciplina caracterizada pela relatividade histórica, de modo que se adapta às mutações promovidas pela evolução política e social no tempo e no espaço[38]. No Brasil, por exemplo, há estudos que demonstram a relação próxima de grandes referências doutrinárias da disciplina com estruturas políticas sazonais de poder[39]. Desse modo, pode ser intuitivo que aos processos descritos pelas ciências sociais, acima explicitados, corresponda a perda de crédito da regulação estatal. Sob perspectiva histórica, o próprio Estado Regulador é ilustrado como produto da crise de um Estado Positivo, então vocacionado à intervenção estatal direta na economia.

Com o advento do neoliberalismo a partir do final do século XX, período marcado por privatizações, concessões e grave austeridade fiscal[40], o Estado Regulador passou a ser central para o direito administrativo. Embora a expressão "Estado Regulador" seja atribuída

---

38 BAPTISTA, Patrícia, Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ªEdição, 2018, p.17.

39 Sob um prisma sociológico da evolução do Direito Administrativo no Brasil, ver: BENTO, Juliane Sant"Ana; ENGELMANN, Fabiano; PENNA, Luciana Rodrigues. Doutrinadores, políticos e "Direito Administrativo" no Brasil. Revista Política & Sociedade, v.16, n.37, set./dez. 2017.

40 "Este artigo trata de mudanças estruturais significativas induzidas por uma "concatenação de várias estratégias básicas": a privatização, a liberalização e a desregulação (no sentido correto da reforma reguladora), a austeridade fiscal, a integração econômica e monetária e várias inovações em matéria de políticas ligadas ao paradigma da nova gestão pública. A despeito de sua heterogeneidade, essas novas estratégias concorrem para limitar o papel do Estado intervencionista ou positivo, especialmente ao restringir seu poder de tributar e de despender, ao mesmo tempo em que aumentam o poder normativo e, assim, o papel do Estado regulador". (MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. Revista do Serviço Público, Ano 50, nº 01, jan-mar 1999, p.06).

primeiramente ao ministro da Suprema Corte americana Oliver Holmes (1890) e, após, a James Anderson, na obra "*The emergence of the regulatory state"* (1962), foi Giandomenico Majone que estabeleceu sua concepção mais difundida[41]. Segundo o professor, o Estado Regulador funcionaria a partir da formulação de regras capazes de promover o estreitamento da discricionariedade administrativa e de corrigir falhas de mercado, em uma postura de *steer, not row* que se disseminou mundialmente[42].

Assim, em oposição ao Estado Positivo, o Estado Regulador reconhece papel central às agências independentes e ao Poder Judiciário, deslocando a arena principal do conflito político à revisão e ao controle do processo criativo das regras administrativas. A noção de discricionariedade é redimensionada, com a constatação de que novos atores ganham maior protagonismo. O modelo de governança corporativista cede à cultura pluralista que, por sua vez, passa a ser responsável por conferir novos contornos às noções de legitimidade democrática e de responsabilização política[43].

O insulamento técnico de determinadas decisões do Estado Regulador diminuiu progressivamente o protagonismo dos agentes públicos eleitos, o que gera debate, até hoje não sedimentado, acerca das limitações à participação e ao controle social de decisões tomadas pelas agências independentes. A questão torna-se ainda mais sensível quando se passa a conferir papéis ambiciosos à regulação e ao direito administrativo propriamente, escapando à singela narrativa da solução de falhas de mercado e reconhecendo-lhe outras funções políticas e até sociais[44].

---

41 As origens da expressão "Estado Regulador" foram extraídas do escorço histórico apresentado em: LEVI-FAUR, David. The odyssey of the Regulatory State: from a "thin" monomorphic concept to a "thick" and polymorphic concept. Law and Policy, p.39, 2013.

42 Nas palavras de Braithwaite: "A privatização combinada com novas instituições regulatórias é a clássica instanciação da prescrição de Osborne e Gaebler (1992) para reinventar o governo segundo a lógica de "orientar ao invés de remar". Jordana e Levi-Faur (2003, 2004) mostram que a tendência de expansão da regulação estatal com a privatização é global. À medida que a privatização se espalha, os professores anotam que novas agências reguladoras também se espalham ainda mais rápido,comprovando como a difusão das agências reguladoras partiu do Ocidente para explodir na América Latina na década de 1990." (BRAITHWAITE, John. Neoliberalism or regulatory capitalism? In BRAITHWAITE, John. Regulatory capitalismo: how it works and ideas for making it work better, 2008, p.09 – Tradução livre).

43 MAJONE, Giandomenico. Op.Cit., p.15.

44 "Muitos dos fundamentos para a regulação podem ser descritos como exemplos de "falhas de mercado".A regulação nesses casos é justificada com base no descontrole do mercado, que poderá, por alguma razão, deixar de produzir comportamentos ou resultados de acordo com o interesse público. Em alguns setores ou circunstâncias pode também existir "ausência de mercado" – pode não haver mercado efetivo – porque, por exemplo, as famílias não podem comprar ar puro ou paz e sossego em suas comunidades" (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. Understanding regulation: theory, strategy, and practice. Oxford University Press, 1999, p.11 – Tradução livre).

No Brasil, a influência desse modelo técnico-gerencial levou à transição do Poder Executivo unitário à Administração Pública policêntrica a partir da década de 1990[45]. Nesse período, houve amplo processo de desestatização acompanhado pela importação do regime estadunidense de agências reguladoras. A tentativa de consolidação de uma administração pública gerencial e mais eficiente pavimentava o caminho para novas soluções, em verdadeira fuga para o regime de direito privado[46]. O país buscava, assim, atrair investimentos internacionais por meio da promessa de flexibilidade administrativa, de especialização técnica e de credibilidade regulatória[47].

Contudo, como já ilustrado no tópico anterior, no século XXI o mundo segue em transformação e demanda novos papéis do Estado. A "sociedade de riscos mundial" de Ulrich Beck dá conta do impacto do progresso técnico-científico na criação de novos riscos e na potencialização de catástrofes. Com o fortalecimento de instituições e atores que "enquadram", "rivalizam" e "englobam" as autoridades públicas, torna-se comum o descrédito ao Estado Moderno e o discurso em favor de novas formas de gestão dos riscos e dos problemas da coletividade. No Brasil, é baixa a percepção do engajamento de grandes corporações do setor privado com o Estado Regulador[48]. Também entre órgãos públicos de

---

45 "Entre nós, como na Argentina e no Chile, a criação de agências reguladoras pode-se afirmar consequência do processo de reforma do Estado, implementado a partir das últimas décadas do século XX. Com efeito, a superação da crise econômico-gerencial do Estado brasileiro, cujo auge se atingiu na década de 1980, passava pela reformulação das estratégias de intervenção do Estado na economia.Através de desestatizações, privatizações e flexibilização de monopólios, o modelo de Estado empresário,calcado em forte intervenção direta na economia, foi substituído, a partir dos anos 1990, pelo modelo de Estado regulador, cuja intervenção opera-se de modo indireto." (BINENBOJM, Gustavo, Op.Cit., 2014, p.266-267).

46 Ver: ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado – contributo para o estudo daactividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 1999.

47 "Essas observações encaixam-se nas possíveis motivações elencadas por Mueller e Pereira (2002:66) para a criação de agências reguladoras: a busca de flexibilidade administrativa além da existente na estrutura do serviço público; dar incentivos aos reguladores para que eles se especializem e diminuam as incertezas dos resultados de cada setor; a busca de blame-shifting, transferindo parcialmente à agência a culpa por medidas politicamente impopulares em determinado setor; e por fim a necessidade de credibilidade regulatória, ou seja, a estabilidade das regras, resguardando-as de ações oportunistas de políticos eleitos. Seguindo essa tipologia, as agências de primeira geração estão mais claramente relacionadas com a quarta motivação, enquanto as de segunda dão maior ênfase às duas primeiras. A terceira geração apresenta uma mistura mais complexa de motivações." (PÓ, Marcos Vinícius; ABRÚCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. Revista de Administração Pública, v.40 (4), 2006, p.06.

48 "Os reguladores no Brasil, por exemplo, se desalentam com a possibilidade de confiar em estratégias "tit-for-tat" em razão da postura adversarial e desinteressada das grandes indústrias no engajamento necessário a este "diálogo". Indústrias rejeitam qualquer compromisso, por saber da estagnação dos processos formais de execução em seu favor e dos favores políticos que podem ser solicitados a qualquer tempo." (LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. The Regulatory State in Crisis: a public administration moment? Research Gate, 2012, p.05. Disponível em:https://www.researchgate.net/publication/242769864_The_Regulatory_State_in_Crisis_a_public_administration_moment. Último acesso em: 29.07.2020 – Tradução livre).

controle é corriqueiro o questionamento da capacidade do modelo de agências reguladoras independentes entregar efetivamente aquilo que dele se espera[49].

Há uma série de razões jurídicas e metajurídicas para a configuração deste cenário pouco promissor para o direito administrativo, para a regulação e para o *enforcement* das decisões estatais no Brasil. A professora Patrícia Baptista enuncia os sucessivos fracassos econômicos, o fisiologismo político-partidário, a captura das agências independentes, o patrimonialismo, o corporativismo e o infindável debate acerca do tamanho do Estado como suas principais causas[50]. Diante da necessidade contemporânea de manipulação de riscos muitas vezes incontroláveis, em um cenário de escassez de recursos materiais e humanos, este mal-estar se agrava ainda mais.

Isso se dá porque é da essência da regulação dos riscos a tentativa de antecipação do futuro, a qual, ainda que pautada por parâmetros técnicos e científicos, estará sempre sujeita a margem de equívocos. Não há aqui defesa inocente do mau gestor: este pode e deve sofrer as sanções decorrentes da lei e do voto. Porém, conforme será explicitado com mais vagar no segundo capítulo, a incompreensão do erro administrativo como parte central do direito público contemporâneo e como resultado natural de um processo de aprendizado incremental no contexto dos riscos abala ainda mais a confiança no Estado e em suas instituições[51].

De todo modo, em análise meramente descritiva, todos esses fatores apontam para a crise do modelo vigente. É justamente nesse contexto que, como já mencionado, Jacques Chevalier antevê o ocaso do paradigma do Estado Moderno e a sua necessária superação pelo Estado Pós-Moderno. A despeito da conclusão a que chegam os autores da pós-modernidade, desenvolve-se ao longo deste trabalho se haverá, de fato, a necessidade do surgimento de um

---

[49] A relação entre os órgãos de controle e as agências reguladoras no Brasil não será objeto deste trabalho. Contudo, apenas para que não se fique no plano abstrato, é possível citar manifestação do então presidente do Supremo Tribunal Federal, em abril de 2020, acerca das agências reguladoras, em que afirma que "elas são capturadas por setores específicos. Custam caro e estão devendo à sociedade. Qual é o retorno que dão? Ali estão bilhões de investimentos da sociedade brasileira, dos empresários, e qual é a regulação que sai das agências? Zero". A entrevista foi debatida durante o curso "Aspectos Jurídicos e Políticos da Regulação Econômica", ministrado pelo professor Diogo Coutinho, na pós-graduação da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no departamento de direito econômico e financeiro,na sessão referente às Crises da Regulação, a qual também serviu de inspiração para este subtópico.

[50] BAPTISTA, Patrícia, Op.Cit., p.217.

[51] "Um importante segmento das decisões dos administradores reais adotadas na competência discricionária envolve *incerteza*, na modalidade *risco* (quando estão presentes variáveis conhecidas emensuráveis em termos probabilísticos para obtenção de eventos futuros, mas quase nunca com a "certezado ótimo") e na modalidade *incerteza elevada*, incerteza propriamente dita ou "incerteza knightiana" (quando sequer as variáveis ou todas as variáveis são conhecidas e, portanto, não se consegue mensurar a probabilidade de determinados resultados futuros). No limite, o erro pode ser inevitável na ocorrência de penumbra persistente sobre as variáveis relevantes." (MODESTO, Paulo. O erro grosseiro administrativo em tempos de incerteza – Coluna "Interesse Público", 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-30/interesse-publico-erro-grosseiro-administrativo-tempos- incerteza> Último acesso em: 02.08.2020).

novo paradigma, ou se o modelo atual está habilitado a dar as respostas que a sociedade contemporânea exige. Diante das transformações em curso, discute-se de que formas o direito administrativo e o próprio Estado poderão atuar a contento no tratamento adequado dos riscos.

Os estudiosos do tema, principalmente após o colapso internacional do sistema financeiro em 2008, passaram a refletir mais detidamente sobre a crise da regulação estatal e sobre suas origens[52]. O diagnóstico é de que hoje se vive um *Naked State*, porque o Estado não atende a seus propósitos, focando mais em sua autoridade do que em sua capacidade de coordenação[53]. A literatura que aborda a temática explicita que a crise seria decorrência direta da tentativa de uniformização e de formatação da regulação em uma teoria hermética, que encontra dificuldade de adaptação a novos contextos políticos, econômicos e sociais.

Nesse passo, Diogo Coutinho destaca que as frequentes crises da regulação têm origem na dificuldade em compreender seu caráter essencialmente mutável e setorial e em insistir em uma teoria geral e cartesiana para todos os casos[54]. É dizer que o direito administrativo e o próprio Estado, como fenômeno político, comportam diversas significações, não estando vinculados em sua essência a qualquer concepção ideológica de mundo[55]. Assim, diante do avanço dos riscos, deve ser possível refletir sobre técnicas

---

52 "Em outras palavras, os estudos sobre regulação não vêm dormindo ao volante completamente e apontam para prováveis fontes de crises. Em outras palavras, o campo de estudo interessado na regulação está em uma boa posição para fornecer contribuição útil para os debates de sua reforma. Em suma, a regulação como campo de prática planejado ou exercido por agências governamentais está certamente em crise. Interpretações dominantes têm sido questionadas." (LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. Op.Cit., p.11 – Tradução livre)

53 "Os eventos de 2008 certamente trouxeram o "Estado de volta", seja em termos de propriedade, seja em termos de intervenção financeira nas indústrias. Assim, testemunhamos o retorno do que se poderia chamar de Estado forte. Mas uma questão crítica é se isto representa realmente a (re) emergência do Estado forte ou se a tentativa de evitar o colapso financeiro e econômico não levou ao esgotamento dos recursos do poder do Estado. Conisderando as bombas-relógio demográficas e o desafio das mudanças climáticas, a perspectiva de um Estado sem recursos, altamente endividado e voltado para dentro sugere mais a era de um Estado nu do que a era de um Estado forte." (LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. Op.Cit., p.13 – Tradução livre)

54 "A imagem de sistema regulatório institucional e jurídico estável e cartesiano, portanto, acaba sendo ingênua se tivermos em mente o fato de que tanto a regulação quanto os estudos regulatórios evoluem constantemente ao lado dos próprios setores regulados, seus mercados e atores correspondentes. Em outras palavras, a regulação muda de acordo com "momentos" da economia política e variedades do capitalismo" (COUTINHO, Diogo R. Regulation and its crisis. In LODGE, Martin. Regulation scholarships in crisis? LSE Discussion Paper 84, 2016, p74 – Tradução livre).

55 Acerca da concepção política da regulação, Levi-Faur assegura que "Como muitos outros conceitos políticos, regulação é difícil de definir, até porque significa coisas diferentes para pessoas diferentes. O termo é empregado para uma miríade de propósitos discursivos, teóricos e analíticos que clamam por esclarecimento e mapeamento (Baldwin, Scott & Hood 1998; Parker & Braithwaite 2003; Black 2002). Também é altamente contestado. Para a extrema direita, regulação é um palavrão que representa a mão pesada de governos autoritários e o conjunto de regras que restringem as liberdades nacionais ou humanas. Para a velha esquerda, é parte da superestrutura que serve aos interesses da classe dominante e enquadra as relações de poder em formas aparentemente civilizadas. Para democratas progressistas, é um bem público, uma

regulatórias específicas que melhor atendam a esta realidade, sem comprometimento do modelo em sua integralidade. Em outras palavras, a flexibilidade e a adaptabilidade da regulação aos cenários que envolvam análise de riscos devem compor o debate em torno da reengenharia do Estado Moderno.

A pretensa vinculação da "caixa de ferramentas" do gestor público a um regime específico e inflexível (modelo *one size fits all*) contribuiria, de forma inequívoca, para as sucessivas crises que o paradigma vem enfrentando. Com isso, tornam-se mais difíceis inovações conjunturais que adaptem a regulação a novos contextos, como o ensaiado pela "sociedade mundial de riscos" de Ulrich Beck e pela "modernidade líquida" de Zygmunt Bauman, que passa a conviver cotidianamente com incertezas técnico-científicas[56]. Nas próximas linhas serão abordados exemplos que ilustram a importância da segmentação de um direito administrativo do risco.

1.3 A introdução prática da disciplina dos riscos no direito administrativo

A crise financeira mundial de 2008 é comumente mencionada nos trabalhos acerca da regulação de riscos como o caso recente que melhor reflete os efeitos deletérios de seu gerenciamento precário. Para além dela, porém, os estudiosos destacam uma série de outros exemplos traumáticos da insuficiência regulatória diante de cenários de risco. Neste tópico optou-se pela apresentação de dois exemplos citados na literatura do direito administrativo do risco, a saber, a pauta mais tradicional da segurança alimentar e a disruptiva agenda das novas tecnologias. O objetivo é justamente demonstrar que a disciplina dos riscos não é inteiramente nova no direito administrativo, mas vem se intensificando ao longo das últimas décadas.

1.3.1 O direito sanitário e as origens do risco no direito público

O direito administrativo do risco guarda relevante conexão com o direito sanitário e com a intervenção do Estado sob o enfoque da segurança alimentar. Segundo Cíntia Morgado, a doença de encefalopatia espongiforme bovina (EEB), mais conhecida como "mal da vaca

---

ferramenta para controlar lucros predatórios capitalistas e para governar os riscos sociais e ecológicos." (LEVI-FAUR, Op. Cit., p.03 – Tradução livre)

56 "A conjuntura histórica que reuniu a ascensão do Estado Regulador e a estagnação ou mesmo recuo do estado de bem-estar social levou alguns a sugerir que o Estado Regulador é essencialmente neoliberal. No entanto, toda regulação, mesmo aquela que serve a propósitos neoliberais, estende-se à esfera da Políticae, portanto, permite a contestação dentro do processo político." (LEVI-FAUR, David. Regulation & Regulatory Governance. Jerusalem Papers in Regulation & Governance, 2010, p.17 – Tradução livre).

louca", descoberta em 1986 no Reino Unido, representou divisor de águas no estudo do risco no âmbito da Administração Pública[57]. A crise sanitária que se seguiu, nas palavras da autora, "levou ao questionamento dos sistemas de segurança alimentar de vários países, porque não derivaria de atividades ilícitas, mas da incapacidade das autoridades para prevenir riscos"[58].

Apesar da comprovada alteração do sistema nervoso dos animais infectados e da escalada de óbitos do gado, o estudo da autora relata a falta de coordenação política e de convergência científica no combate eficaz à doença no mundo. A carência de medidas preventivas efetivas é exemplificada por Cíntia Morgado com o dado de que apenas em 1994 a ração animal produzida a partir da proteína infecciosa teria sido proibida na União Europeia. Diante da demora na resposta das autoridades administrativas, ainda em 1990, surgiram casos humanos de variantes da doença *Creutzfeuld-Jakob*, relacionados ao consumo da carne infectada. Em 1996, enfim, houve a confirmação científica do primeiro caso de infecção humana pela encefalopatia espongiforme bovina (EEB).

Assim, embora a noção de segurança alimentar tenha surgido ao final da Primeira Guerra Mundial e se reforçado com a criação da Comissão do Codex Alimentarius, em 1963, o episódio da encefalopatia espongiforme bovina (EEB) alertou as autoridades mundiais quanto à real dimensão dos riscos envolvidos. A partir do evento, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia passou ao desenvolvimento de doutrina evolutiva que permitiria a aplicação das ferramentas do direito administrativo do risco ao serviço público de saúde. Dentre as medidas autorizadas pela jurisprudência europeia em virtude da crise sanitária decorrente da encefalopatia espongiforme bovina (EEB) estão a proibição de circulação de materiais específicos e o sacrifício de animais infectados[59].

Nesse contexto, Ellen Vos[60] destaca que a crise alimentar europeia introduziu no debate público e judicial questões até então deixadas em segundo plano, em especial, o violento processo produtivo da carne animal e as graves falhas na regulação de riscos pela Administração Pública. A autora promove interessante estudo comparativo entre a confiança depositada pelas instâncias judiciais e pelos Estados-membro da União Europeia nas instituições técnicas supranacionais (*Committee*) antes e depois do episódio. Conclui que houve significativa redução da deferência do controle às decisões dos órgãos técnicos e

---

57 MORGADO, Cíntia. O direito administrativo do risco: a nova intervenção estatal sob o enfoque da segurança alimentar. Rio de Janeiro: Gramma, 2016, pp.25-26.

58 MORGADO, Cíntia. Ibidem, p.26.

59 MORGADO, Cíntia. Ibidem, p.104.

60 VOS, Ellen. EU Food Safety Regulation in the Afttermath of the BSE Crisis. Netherlands: Journal of Consumer Policy 23, 2000, pp.227-255.

subsequente fenômeno reativo da Administração Pública, com apresentação de eixos de aperfeiçoamento institucional que giravam em torno da ampliação do aconselhamento científico, da análise de riscos e dos meios de controle social, com maior transparência do processo de tomada de decisão técnica.

No Brasil, crises de segurança alimentar também não são incomuns. Além dos reflexos sofridos com a própria escalada mundial da encefalopatia espongiforme bovina (EEB), no ano de 2017 a sociedade acompanhou os efeitos deletérios da operação "Carne Fraca", organizada pela Polícia Federal, que expôs falhas de diversas naturezas na atuação estatal. A investigação das autoridades policiais envolvia a venda de carne animal, para o mercado interno e externo, pelas principais empresas do ramo no país, adulterada. A crise institucional das estruturas nacionais de segurança alimentar bem reflete a importância do estudo mais atento do direito administrativo do risco.

Nesse contexto, Cíntia Morgado se debruça sobre os desafios da regulação brasileira de riscos no setor de segurança alimentar. Em seu trabalho, menciona arelevância da lei federal nº 11.364/06, que cria o inédito Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, e da Emenda Constitucional nº 64/10, que inclui a alimentação no rol de direitos sociais fundamentais do artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Especificamente quanto à gestão de riscos sanitários no país destaca o marco normativo introduzido pela lei federal nº 11.105/05 e a centralidade, no campo institucional, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBIO[61].

De fato, a atuação articulada desses órgãos é parte extremamente relevante dos instrumentos à disposição do Estado brasileiro para gestão de riscos. Exemplo recente se deu durante a aprovação para uso emergencial das vacinas necessárias ao combate da pandemia da COVID-19. A tecnologia da vacina, produzida pela Universidade de Oxford em parceria com a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), utiliza organismos geneticamente modificados em sua fórmula. Por essa razão, coube ao CTNBIO a emissão de parecer acerca da segurança do imunizante, o qual foi anexado ao processo administrativo em que se deu a decisão, pela ANVISA, sobre o uso comercial do produto. Há, portanto, relação coordenada entre esses órgãos diante de riscos e de inovações na área da biossegurança.

---

[61] MORGADO, Cíntia. Op.Cit., p.41.

A lei federal nº 11.105/05, nesse contexto, introduziu diversos mecanismos que permitem a gestão de riscos pelo Estado, os quais foram objeto de questionamento judicial junto ao Supremo Tribunal Federal e serão estudados ao longo do trabalho. De um lado, a exigência legal de pluralidade de interesses representados na composição da CTNBIO e de regulamentação de audiências públicas incrementam a participação sociale revisitam a noção clássica do princípio da eficiência no direito administrativo. De outro lado, o dever de reavaliação de todas as suas decisões técnicas, fundamentado em fatos ou conhecimentos científicos novos, também desafiam a compreensão ordinária do princípio da segurança jurídica. Essas ferramentas serão exploradas mais detidamente nos próximos capítulos, mas já permitem inferir a relevância do direito sanitário para a criação e o desenvolvimento do direito administrativo do risco.

1.3.2 A agenda das novas tecnologias

O tema da regulação dos riscos ganha ainda mais relevância no debate atual acerca do papel do direito administrativo diante da agenda das novas tecnologias[62]. A questão explorada pela bibliografia correlata girava em torno da indagação de "quando regular?". De fato, a definição do momento adequado para incidência da regulação estatal, embora aparentemente simples, envolve complexa discussão, balizada pelo chamado dilema de Collingridge, desenvolvido ainda em 1980, na obra "*The Social Control of Technology*". Em síntese, nesse trabalho, o professor David Collingridge discute o momento em que deve incidir regramento estatal sobre novas tecnologias, haja vista a carência de informação acerca de seu impacto na realidade social.

De um lado, a regulação estatal prematura possui potencial de sufocar a atividade nascente, sendo prejudicial à inovação e ao experimentalismo. De outro, sua incidência tardia pode gerar assimetria informacional tão expressiva a ponto de inviabilizar o controle efetivo de abusos e de irregularidades. As empresas do setor tornam-se grandes demais para serem reguladas, em desfavor das autoridades estatais e de toda coletividade. Trata-se, assim, de um problema de ritmo (*pacing problem*), que, em última análise, dependerá de atuação cautelosa dos gestores públicos à luz dos riscos envolvidos.

---

[62] Em especial, o texto que me inseriu no debate: THIERER, Adam. The Pacing Problem, the Collingridge Dilemma & Technological Determinism, 2018. Disponível em:https://techliberation.com/2018/08/16/the-pacing-problem-the-collingridge-dilemma-technological- determinism (Último acesso em 14.08.2020).

O debate iniciado em 1980, especialmente em razão dos avanços promovidos pela internet, permanece sendo extremamente atual. A percepção de que o Estado demorou demais para regular o espaço cibernético gera grandes discussões entre os especialistas[63]. Além disso, no século XXI, as inovações disruptivas ocorrem de forma ainda mais intensa do que no final do século passado, ameaçando mercados consolidados e levando a novas restrições a direitos fundamentais. Tudo isso coloca a regulação estatal em posição central e expõe de forma clara a questão dos riscos a serem geridos pela autoridade pública e absorvidos pela coletividade[64].

Os professores Andrew Murray e Julia Black, investigando a regulação das novas tecnologias decorrentes de *Machine Learning* e da Inteligência Artificial, reconstroem o processo comum às inovações disruptivas historicamente verificadas para tentar melhor delinear a questão de quando o Estado deve regular. Segundo os autores, em geral é observada a sucessão das seguintes etapas quando do surgimento de inovação disruptiva: comprovação teórica da viabilidade do projeto, surgimento do protótipo, e produção em escala comercial da inovação. As três etapas seriam comuns a todos processos criativos, mas a questão do momento de ingresso da regulação surgiria a partir da fase seguinte.

Na reconstrução histórica dos professores, caso a tecnologia em questão demandasse utilização centralizada de recursos públicos escassos (i.e. telecomunicações) ou caso fossem verificados riscos sistêmicos ou de natureza irreversível à coletividade (i.e. veículos automotores), sempre se exigiu prévio licenciamento ou aprovação da autoridade administrativa para seu desenvolvimento (regulação *ex ante*). De outro lado, quando ausentes tais hipóteses específicas era dado início à exploração comercial do novo mercado, e apenas após surgiria a regulação estatal reativa ou *ex post*[65].

Para os professores, contudo, desde os anos 1980, os incentivos à desregulação e à autorregulação alteraram o arquétipo descrito acima. A regulação *ex ante* passou a ser ainda mais excepcional e começou a ser utilizada apenas para solução de questões de segurança

---

[63] Nesse contexto, merece ser lembrado o artigo publicado pelo fundador e CEO do Facebook, Mark Zuckerberg, na edição de 30.03.2019 do jornal Washington Post, em que defende explicitamente a regulação da Internet, especialmente sobre a determinação do que venha a ser conteúdo prejudicial, sobrea definição de regras que protejam as eleições, sobre a criação de normas de privacidade e de proteção de dados, e sobre o estabelecimento de procedimento claro para a portabilidade de dados (https://www.washingtonpost.com/opinions/mark-zuckerberg-the-internet-needs-new-rules-lets-start-in-these-four-areas.html - Último acesso em 01.09.2019).

[64] Para descrição mais acurada deste processo, ver: BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. Revista de Direito Administrativo, v.273, pp.123-163, set/dez 2016.

[65] BLACK, Julia; MURRAY, Andrew. Regulating AI and Machine Learning: setting the Regulatory Agenda. European Journal of Law and Technology, v.10, n.3, 2019, p.02.

pública, com o objetivo de melhor gerenciar riscos. Este é o caso da indústria farmacêutica e da nascente indústria de veículos autônomos, que ainda contam com filtros regulatórios prévios a sua exploração. Porém, segundo esse mesmo critério, a internet e as grandes plataformas digitais desenvolveram suas atividades sem amarras da regulação *ex ante* que limitaram seus antecessores[66].

A influência desta perspectiva foi sentida no Brasil, por exemplo, com a edição da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, por meio da lei federal nº 13.874/19. Dessa feita, o Congresso Nacional estabeleceu o grau de risco como único critério para determinação do momento de incidência da regulação, *ex ante* ou *ex post*. Segundo a norma, diante de atividades econômicas de baixo risco é direito de toda pessoa, natural ou jurídica, sua exploração sem necessidade de quaisquer atos públicos de liberação (regulação *ex post*)[67]. Por consequência, apenas atividades econômicas consideradas de alto risco poderão ser objeto de regulação *ex ante*.

Sob esta mesma lógica, a referida lei também inclui em seu rol exemplificativo de modalidades de abuso do poder regulatório a expedição de enunciados que impeçam ou retardem inovação e adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios[68]. A única expressa ressalva do dispositivo legal é justamente as situações consideradas de alto risco, em que seria viável a regulação *ex ante*. A classificação de atividades de acordo com o grau de risco será realizada por meio de regulamentos da Administração Pública da União, dos Estados e dos Municípios, gerando perplexidades federativas que serão exploradas mais detidamente no terceiro capítulo do trabalho[69].

---

66 Nas palavras dos professores, "a abordagem padrão dos Estados hoje não é interferir em nascentes (e provavelmente disruptivas) tecnologias, mas, ao contrário, deixar o mercado regular a menos que existam razões de segurança pública. O modelo de regulação de inovação disruptiva do final do século XX é provavelmente a governança e regulação da internet." (BLACK, Julia; MURRAY, Andrew. Ibidem, 2019, p.04 – Tradução livre).

67 Lei federal nº 13.784/19, artigo 3º, inciso I: "Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica;".

68 Lei federal nº 13.784/19, artigo 3º, inciso I: "Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica;"

69 Lei federal nº 13.784/19, artigo 4º, inciso IV: "Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitaro abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a

De todo modo, o processo verificado no Brasil e descrito pelos professores Andrew Murray e Julia Black é objeto de reflexão. A crença em parâmetros abertos de livre mercado de ideias e de proteção à liberdade de expressão levou à construção legal e jurisprudencial de espaço cibernético infenso ao controle estatal[70]. Com isso, tornou- se possível o avanço do rentável e silencioso mercado de dados e das ameaças às instituições democráticas por meio da indústria das notícias fraudulentas[71]. Como já antecipado, hoje há debate quanto à incapacidade do Estado de regular as grandes plataformas digitais e suas novas ferramentas por terem se tornado grandes demais[72]. Este seria, portanto, segundo os autores, exemplo prático de aplicação desastrosa do dilema de Collingride e de verificação dos prejuízos que podem ser causados pela demora da regulação estatal.

A preocupação refletida pelos professores Andrew Murray e Julia Black é, justamente, de que a diminuição expressiva da regulação *ex ante*, a partir dos influxos da autorregulação e da desregulação, acabe gerando novos mercados ainda mais fortalecidos no campo da Inteligência Artificial e da *Machine Learning*[73]. Sua conclusão é, portanto, crítica à aposta dos Estados em uma regulação *ex ante* excepcional e restrita a questões de evidente e grave risco. Segundo a perspectiva dos autores, haveria duas ordens de razão para que os Estados protagonizassem postura mais ativista em relação às inovações disruptivas verificadas no século XXI[74].

De um lado, é apontada razão normativa, segundo a qual a prevalência da autorregulação leva à marginalização da regulação estatal em detrimento de imprecisos compromissos voluntários ou éticos do mercado. A lógica destes dois espaços – mercado e Estado – seria distinta, de modo que as questões éticas deveriam ser estabelecidas

---

inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco;".

70 SUNSTEIN, Cass R. Falsehoods and the First Amendment. Harvard Journal of Law & Technology, Volume 33, Number 2, 2020. Disponível em:https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=342675. (Último acesso em 20.08.2020).

71 MANHEIN, Karl; KAPLAN, Lyric. Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy. Yale Journal of Law and Technology 106, 2019, Loyola Law School, Los Angeles Legal Studies Research Paper No. 2018-37, Diponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3273016 (Último acesso em 20.08.2020).

72 O fenômeno é retratado com maior profundidade em: WU, Tim. The curse of bigness: Antitrust in the new gilded age. Nova Iorque: Columbia Global Reports, 2018.

73 "Se nós permitirmos que modelos de regulação e de governança para Inteligência Artificial permaneçam à deriva pelos próximos 5-10 anos, como ocorreu com a internet entre 1995-2010, nós nos encontraremos na mesma posição atual quanto ao conteúdo e à atividade online dentro de 20 anos no que se refere à Inteligência Artificial: à mercê de um pequeno grupo de empresas que regulam o mercado e a atividade por meio de contratos privados, e (principalmente) fora do controle direto e da influência de reguladores públicos, incluindo Estados." (BLACK, Julia; MURRAY, Andrew. Op.Cit., 2019, p.14 – Tradução livre).

74 BLACK, Julia; MURRAY, Andrew. Op.Cit., 2019, p.07.

primordialmente pelo Estado[75]. De outro lado, é ainda apresentado argumento empírico, decorrente dos exemplos contemporâneos de insucesso deste modelo na regulação da internet e da verificação de que o século XXI conviverá com disrupções ainda mais intensas e frequentes do que a dos séculos anteriores.

A par do enfoque específico em *Machine Learning* e em Inteligência Artificial, é possível tecer algumas considerações importantes a partir do trabalho de Andrew Murray e de Julia Black, que vão ao encontro da percepção que também se extrai da análise da regulação da segurança alimentar e do mercado financeiro acima empreendidas. A primeira, é que a pergunta "quando regular?" é complexa, não comporta apenas uma resposta correta e por vezes escapa a uma análise puramente técnico-jurídica. A segunda, é que uma resposta responsável a esta pergunta demanda análise e gestão dos riscos a serem potencialmente tolerados pela coletividade. A última, é que o Estado tem papel central neste processo, devendo acompanhar o processo disruptivo de forma mais direta e ativa, a fim de minorar prejuízos e catástrofes.

As três ideias acima apresentadas, elaboradas em razão de reflexões sobre as dificuldades inerentes à regulação do mercado financeiro, das novas tecnologias e do direito sanitário, exemplificam processo descrito no item anterior, transparecendo os desafios impostos pelos riscos ao Estado e ao direito público no século XXI. Nesse contexto, o aprofundamento do estudo acerca dos impactos positivos e negativos da introdução da disciplina dos riscos no direito administrativo é essencial. Assim, no próximo tópico, busca-se estreitar a disciplina dos riscos e o direito administrativo, esclarecendo em que consiste o chamado direito administrativo do risco.

1.4 Estreitando o conceito de risco para o direito público

O conceito de risco tradicionalmente desperta maior interesse no campo do direito privado do que no campo do direito público. Com efeito, múltiplos institutos do direito privado são influenciados pela disciplina dos riscos e de sua distribuição entre particulares. Segundo concepção mais clássica, contratos são exatamente a repartição de riscos entre partes

---

[75] Este debate foi desenvolvido durante o curso "Regulação Econômica e Democracia", ministrado pelo professor José Vicente Santos de Mendonça, no mestrado da linha de direito público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Na sessão referente à "*comoditização*" discutiu-se a tendência de expansão da lógica de mercado a espaços tradicionalmente ocupados por lógica distinta, como as relações pessoais, os valores políticos, e, no limite, a atividade regulatória.

celebrantes[76]. A análise econômica do direito contratual indica a necessidade de realocação e de compartilhamento de riscos como uma das razões fundamentais para a própria existência de ajustes de vontade entre dois ou mais centros de interesse[77].

Na mesma linha, Sugata Bag defende a ideia de que só há contrato propriamente dito quando são verificados, concomitantemente, o alinhamento de incentivos e a partilha de riscos entre os pactuantes[78]. Assim, em sendo parte essencial da própria concepção de contrato, é natural que os riscos assumam centralidade no âmbito do direito civil. Nesse contexto, no ordenamento jurídico brasileiro há modalidade contratual que autoriza a livre pactuação até mesmo quanto à existência ou à quantidade futura de fatos ou de coisas, e quanto à subsistência de coisas existentes, mas expostas a riscos. Trata-se do chamado contrato aleatório, regulamentado nos artigos 458 a 461 do Código Civil de 2002.

Além da sua relevância no âmbito da teoria geral dos contratos, no campo da responsabilidade civil, o Código Civil de 2002 trouxe, pela primeira vez, cláusula geral de responsabilidade objetiva em caso de atividade que implique, por sua natureza, risco para os direitos de outrem[79]. Também nesse contexto, subsiste grande debate em torno do chamado "risco do desenvolvimento". Em resumo, os civilistas discutem a natureza da responsabilidade civil pelos danos decorrentes de riscos não conhecidos ou mensuráveis à luz do conhecimento científico da época, quando da introdução de produto ou serviço no mercado. O Código de Defesa de Consumidor de 1990 insere este debate no plano normativo ao reconhecer que o produto apenas é defeituoso para fins de responsabilização civil quando observados "o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam"[80].

Sob a perspectiva mais recente do direito civil constitucional, a função social dos contratos aponta para relevância ainda maior da distribuição dos riscos impostos pela vida em

---

[76] A lei federal nº 13.874/2019, ou "Declaração de Direitos de Liberdade Econômica", que alterou sensivelmente o Código Civil, reforçou esta percepção ao destacar que "a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada" (Código Civil, artigo 421-A, inciso II) e que "a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos" (Código Civil, artigo 49-A, parágrafo único).

[77] SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Contract Law. Cambridge: NBER Working Paper N. 9696, 2003, Capítulo 13, p.04.

[78] BAG, Sugata. Incomplete Contracts, Self-Investments, Asymmetric Information, Breach of Contract and the Legal Remedies. Disponível em: SSRN: https://ssrn.com/abstract=1155987 (Último acesso em 29.12.2021)

[79] Código Civil, artigo 927, parágrafo único: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

[80] Código de Defesa do Consumidor, artigo 12, §1º, inciso II "O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam".

comunidade[81]. A doutrina civilista estuda as externalidades dos pactos sobre terceiros e sobre toda a coletividade, extrapolando a análise mais singela e limitada dos interesses individuais e das situações jurídicas subjetivas de seus próprios celebrantes. Um exemplo multicitado é o dos contratos de seguro, cujos efeitos "não se limitam ao segurado e ao segurador, mas implicam divisão de riscos entre todo um universo de segurados e se refletem também sobre terceiros que confiam na efetividade do seguro"[82].

A despeito da relevância clássica para o direito privado, a disciplina dos riscos passou ao largo dos estudiosos do direito público no Brasil. De fato, para além da matéria contratual e da responsabilidade civil – pontos de inequívoco contato interdisciplinar com o direito privado –, o direito administrativo pouco evoluiu nesta temática[83]. O diagnóstico apresentado por Cíntia Morgado é de viés histórico[84]: na primeira fase de industrialização, os riscos não ultrapassariam a esfera particular daqueles que causavam e sofriam danos, sendo satisfatoriamente resolvidos pelo direito privado. Na atualidade, as novas técnicas provocam riscos que extravasam os interesses das partes, criando problemas sociais e a necessidade de salvaguarda de valores fundamentais coletivos, como meio ambiente, saúde e segurança. Nesse contexto, surge a responsabilidade política das autoridades públicas e o interesse legítimo de atuação do Estado.

Além disso, há outro fator que auxilia na compreensão do processo de valorização do "risco" pelo direito público. Por muito tempo, o elemento finalístico do ato administrativo era extraído exclusivamente do interesse público, traduzido por agentes democraticamente eleitos. Não fazia sentido a análise de riscos se a legitimidade da decisão administrativa era apreendida inteiramente da noção fluida de interesse público. Subsistia a presunção da legitimidade dos atos administrativos, sendo irrelevante o estudo dos riscos envolvidos em cada decisão técnico-burocrática. Contudo, a fragmentação subjetiva da administração pública e a complexidade objetiva das questões a ela submetidas na atualidade tornou essa categoria insuficiente.

Hoje é cada vez mais difundida a percepção da existência plural de "interesses públicos", da necessidade de ponderação no âmbito administrativo e da busca de novos

---

81 Sobre o princípio da função social dos contratos, ver: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, volume II, 2ª Ed., 2012, pp.05-15.

82 SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 3ª Ed., 2020, p.628.

83 As exceções foram pontuadas, ainda na fase de qualificação deste trabalho, por José Vicente Santos de Mendonça. O professor mencionou dentre seus exemplos, no âmbito contratual, a matriz de riscos e, no âmbito da responsabilidade civil, a teoria da repartição dos ônus e encargos sociais.

84 MORGADO, Cíntia. Op.Cit., p.29.

elementos de justificação para atuação estatal[85]. Nesse contexto, sob os influxos da "sociedade de riscos mundial" de Ulrich Beck e da "modernidade líquida" de Zygmunt Bauman, os riscos passam a ganhar novas dimensões para o direito público, configurando, em muitos momentos, o seu próprio elemento finalístico. Em alguma medida, contudo, todas as escolhas administrativas envolvem – e sempre envolveram – riscos, o que exige sua qualificação para os fins deste trabalho. A rigor, se todas as áreas reguladas se prestarem à aplicação do direito administrativo do risco, é inevitável sua banalização e consequente perda de utilidade para os problemas a que realmente se destina.

É dizer que, embora o direito administrativo do risco seja um campo em expansão, como visto no tópico anterior, trata-se apenas de parte da agenda do Estado Regulador. Nesse sentido, como já destacado, tratá-lo de forma geral e cartesiana, sem qualquer reflexão sobre suas especificidades, seria equívoco a contribuir com a crise da regulação. Assim, para melhor delimitar os espaços destinados às instituições e ferramentas que serão destacados nos capítulos seguintes, é essencial definir de forma prévia o que se entende por "risco", especificando tanto quanto possível o objeto da pesquisa. Para tanto, tentaremos esboçar uma noção mais geral de risco, esclarecer suas principais funções no direito administrativo contemporâneo e, ao final, apresentar sua singularidade.

1.4.1 O que é risco para o direito público?

No que se refere à noção mais geral de risco, os estudiosos apontam seu caráter impreciso e cambiante, na medida em que construída em sua maior parte a partir de parâmetros culturais e políticos. De fato, a definição de quais riscos a coletividade está disposta a tolerar e em que medida estes podem ser desprezados pelas autoridades políticas dependerá não apenas do patamar tecnológico de um país, mas também de seu contexto histórico e cultural[86]. Por essa razão, os especialistas apontam que o enquadramento do risco é muitas vezes caótico e interdisciplinar, variando de acordo com a percepção social e individual dos problemas enfrentados[87].

De um lado, sob o viés da percepção social dos riscos, as professoras Bridget Hutter e Sally Lloyd-Bostock citam dentre os fatores que a influenciam os interesses institucionalizados, a construção social de perigo, o impacto dos meios de comunicação e o

---

85 BAPTISTA, Patrícia. Op.Cit., 2018, pp.129-154.
86 BLACK, Julia. Op.Cit., 2010, p.339-340.
87 HUTTER, Bridget; LLOYD-BOSTOCK, Sally. Op.Cit., p.19.

grau de tolerância cultural com a falibilidade humana. De outro, sob o viés da percepção individual dos riscos, as sociólogas invocam o conceito de *crisis priming*, que corresponderia aos variados fatores que a fomentam ou a inibem, segundo eventos particulares da vida individual cotidiana causadores de crises[88]. Como exemplo, citam o viés cognitivo de saliência[89], o uso recente de categorias e interpretações em seu dia a dia, a influência paralisante de rotinas de trabalho e o grau de vulnerabilidade pessoal às ameaças de culpabilização e de responsabilização.

À luz dessas considerações, pode-se concluir que a definição geral e abstrata de "risco" é extremamente complexa, sendo mais prudente a identificação de um núcleo comum ao momento histórico objeto do estudo. Nessa medida, consideradas as balizas do trabalho, o foco inevitável será a concepção dos riscos para a "sociedade de riscos mundial" de Ulrich Beck, que remonta o final do século XX e o início do século XXI. Para o autor, riscos seriam "tipos de acontecimentos de natureza sistêmica, descritíveis em termos estatísticos e, neste sentido, "calculáveis", podendo assim ser submetido a regras de compensação e de prevenção acima do nível individual"[90].

Diante disso, Ulrich Beck traz inúmeros exemplos contemporâneos que ilustram o conceito proposto, como o risco decorrente da energia nuclear, do desemprego, de acidentes de aviação, do envelhecimento e até do fumo em excesso. A multiplicidade de riscos do século XXI leva à proposta de sua classificação em três grandes grupos: crises ecológicas, ligadas à equação intergeracional da proteção do meio ambiente; crises financeiras globais, ligadas à dependência de um complexo sistema bancário para a geração de incentivos ao crédito; e ameaças terroristas, ligadas à fragilidade da segurança pública em assegurar a proteção de seus cidadãos. O professor alemão ressalva, ainda, a existência de um quarto grupo, referente aos riscos biográficos, em que descreve aquelas ameaças diretamente vinculadas aos indivíduos[91].

Por fim, também é corrente nesta literatura a distinção entre risco, catástrofe e incerteza, conceitos afins, mas que revelam particularidades importantes. O professor Ulrich

---

88 HUTTER, Bridget; LLOYD-BOSTOCK, Sally. Op.Cit., p.21.

89 Em crítica à miopia e à superregulação, o professor José Vicente Santos de Mendonça define o viés de saliência como efeito imediato de catástrofes recentes, em que "a memória coletiva — e a necessidade de resposta política imediata, sob ameaça de perda de legitimidade — destaca eventos recentes, mas ignora riscos ocultos ou distantes no tempo" (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Em resposta a tragédia o Estado regula muito e mal. Revista Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2013-fev-01/jose-vicente-resposta-tragedias-estado-regula-regula-mal> Último acesso em: 01.09.2020).

90 BECK, Ulrich. Op.Cit., pp.39-41.

91 BECK, Ulrich. Op.Cit., pp.39-41.

Beck antagoniza risco e catástrofe, justamente porque o primeiro seria uma tentativa de antecipação da segunda, a partir da realidade controversa da possibilidade[92]. Em outras palavras, a literatura dos riscos pretende fornecer meios ao Estado que o habilitem a reduzir ao máximo a ocorrência de eventos danosos para a coletividade, os quais se materializariam por meio das catástrofes. Como apontam as sociólogas Bridget Hutter e Sally Lloyd-Bostock, a ocorrência frequente de catástrofes é fator sensível para a própria legitimação da intervenção regulatória estatal. Em outras palavras, existe processo de retroalimentação entre riscos e catástrofes, capaz de gerar ciclos virtuosos ou viciosos para o Estado a depender dos resultados obtidos pelo direito administrativo.

Já a distinção entre risco e incerteza não possui acepção única e abrangente. Sua versão mais difundida foi elaborada pelo economista Frank Knight no início do século XX. Para o autor, oriundo da Universidade de Chicago, o critério de diferenciação residiria na existência ou não de meios de mensuração da probabilidade de ocorrência de evento futuro. Quando se está diante de riscos, essa operação é possível, embora não viabilize a mensuração do ponto ótimo, o que gera espécie de "incerteza mensurável". De outro lado, quando se está diante de incertezas propriamente ditas, nem mesmo o cálculo probabilístico é capaz de fornecer respostas razoáveis e seguras acerca da capacidade de determinada atividade, produto ou serviço gerar eventos danosos à coletividade[93].

A despeito de esta ser a classificação mais corrente de incerteza e risco, merece atenção o fato de que não há consenso, mesmo entre economistas, quanto ao seu alcance. Rogerio Pereira de Andrade[94], a partir de influxos conceituais de Keynes, Shackle e Davidson, expõe fragilidades na teoria de Frank Knight, que teria viés determinista e partiria da premissa do equilíbrio competitivo, segundo a qual mesmo em cenários de incerteza o resultado de forças levaria inexoravelmente a um estado natural de repouso[95]. Assim, a

---

92 BECK, Ulrich. Op.Cit., p.31.

93 DIONISIO, Pedro de Hollanda. O direito ao erro do administrador público no Brasil – contexto, fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: GZ Editora, 1ª Ed., 2019, p.28.

94 DE ANDRADE, Rogerio Pereira. A construção do conceito de incerteza: uma comparação das contribuições de Knight, Keynes, Schackle e Davidson. Revista Nova Economia, Belo Horizonte, v.21, nº02, maio/agosto 2011.

95 "Esse é o aspecto mais problemático e contraditório da teoria econômica de Knight (da qual a incerteza é uma dimensão específica), já que tenta conciliar o aparato da teoria do equilíbrio competitivo com sua concepção de "incerteza verdadeira". Esse tipo de tratamento está totalmente ausente nas outras versõesde incerteza concebidas por Keynes, Shackle e Davidson. (...) A incerteza supõe futuros em aberto, não imaginados, e um escopo considerável para descoberta, mudança e "desconhecimento" (*unknowledge àla* Shackle). Por sua vez, o equilíbrio, como geralmente definido, demanda delimitação de possibilidades, inevitabilidade e nenhum espaço para "escolha genuína", uma vez que, no final, ele sempre prevalecerá." (DE ANDRADE, Rogerio Pereira, Op.Cit., p.310).

imprevisibilidade seria também estática e ergódica, tendo sempre como tendência um resultado previsível para os economistas.

Além disso, prossegue o professor, também é objeto de crítica o fato de que Frank Knight apostaria em um caráter ontológico e imutável de incerteza, ignorando seu caráter epistêmico e variável. Em suas palavras, a evolução do conhecimento humano não seria indiferente aos cenários de incerteza, que se estreitariam na mesma proporção. De todo modo, conclui o professor Rogerio Pereira de Andrade que, observados esses ajustes, os quais atribuiriam caráter dinâmico e não ergódico à teoria, o critério da probabilidade adotado por Frank Knight seguiria sendo, nas ciências econômicas, o aspecto distintivo mais relevante entre risco e incerteza.

1.4.2 O direito administrativo contemporâneo e os papéis do risco

A partir dessa noção mais geral de risco, de sua tipologia, de sua classificação e de pequenas distinções terminológicas, passa-se à análise de suas funções no âmbito do direito administrativo no século XXI. Julia Black, em linha com o critério probabilístico já explicitado, define regulação de risco como o pretenso exercício de antecipação de um futuro que cientistas e técnicos tentam estabilizar e tornar menos incerto, mas que, por sua própria natureza, não pode ser plenamente conhecido. A partir disso, defende a existência de ao menos quatro papéis do risco para a regulação contemporânea: figurar como seu próprio objeto, justificar a sua existência, constituir e formatar suas instituições e procedimentos, e incentivar novas formas de *accountability* e de participação social.

Na condição de objeto da regulação, primeiro papel acima referido, não se está diante de qualquer novidade propriamente dita, já que a gestão dos riscos há muito é objeto da intervenção estatal. Especialmente a partir do processo de industrialização da atividade produtiva, a regulação passou a conviver com a composição de riscos à saúde, à segurança e ao bem-estar da coletividade. Contudo, Julia Black aposta no aprofundamento deste papel a partir do século XXI, com a expansão das fronteiras do progresso tecnológico e seus consequentes impactos sobre a sociedade e o mercado[96]. A perspectiva está em consonância com as projeções de Ulrich Beck, para quem o próprio progresso científico é gerador de riscos incontroláveis e infindáveis na atualidade[97].

---

[96] BLACK, Julia. Op.Cit., 2010, p.303-304.
[97] BECK, Ulrich. Op.Cit., pp.22-23.

O segundo papel, por sua vez, envolve a possibilidade de o risco configurar fundamento de atuação do Estado, conformando e definindo o seu legítimo espaço de intervenção. No ponto, aproxima-se da faceta do Estado-Garante, mencionado por Jacques Chevalier no estudo do paradigma do Estado Pós-Moderno, o qual tem como norte a gestão de riscos. De todo modo, Julia Black atenta para o fato de que o risco serve de justificativa à atuação estatal, mas também ao reconhecimento de que, em alguns casos, outros atores – internacionais ou locais, públicos ou privados – poderão manejá-los de forma mais adequada. Assim, a não atuação do Estado também pode ser legitimada a partir do discurso dos riscos. A professora adverte, ainda, que o fundamento econômico de intervenção estatal, pautado na noção de custo-benefício, por ser mais estável e menos variável culturalmente, ainda será amplamente utilizado ao longo do século XXI.

No terceiro papel identificado por Julia Black, o risco promove reformas organizacionais e procedimentais na regulação, de modo a melhor adequá-la à sua gestão. A autora chega a propor que os riscos geram para o Estado os incentivos que o lucro costuma produzir em empresas privadas, a saber, aperfeiçoar a estrutura interna de decisão. No Reino Unido, por exemplo, a *Better Regulation Comission* criou, desde 2008, modelo específico de atuação que estimula análise de dados e inovação na gestão de riscos muito em função das crises recentes já citadas, como a sanitária, no caso da doença do "mal da vaca louca", e a econômica, decorrente da ameaça de quebra de grandes conglomerados financeiros. Segundo Julia Black, o modelo britânico, diante da concretização de catástrofes, passou por profunda reforma, criando processo padrão de identificação, de análise prévia, de gestão, de comunicação, de avaliação posterior, de feedback e de modificação no gerenciamento de riscos[98].

Por fim, o quarto papel apontado pela doutrina especializada é a de promoção de *accountability* mais efetivo. Como já referido acima, a própria concepção de risco possui caráter cultural, de modo que sempre dependerá em alguma medida da participação social para sua construção[99]. Não bastasse isso, a incerteza inerente à regulação dos riscos também produz cenários, cada vez mais comuns, em que a ciência não confere a desejada resposta única e objetiva para o problema apresentado, de modo que a abertura à participação social poderá ser relevante[100]. Há, portanto, reformulação do debate atemporal entre política e

---

98 BLACK, Julia. Op.Cit., 2010, p.324.
99 BLACK, Julia. Op.Cit., 2010, p.332.
100 BLACK, Julia. Op.Cit., 2010, p.316.

técnica, a ser mediado por calibragem ajustada da *accountability*. Este ponto será analisado com mais vagar oportunamente.

Pois bem. No exercício de cada um desses papéis, o risco possui sobretudo função desestabilizadora dos parâmetros tradicionalmente utilizados no processo de tomada de decisão administrativa, demandando adaptações[101]. A nota característica desse novo processo, que precisará se intensificar à luz da "sociedade de riscos mundial" no século XXI, é justamente a convivência mais frequente com a inovação e, por consequência, com os erros administrativos, a despeito do esforço técnico de estudos de cenário e de análise de probabilidade[102]. A adoção de uma abordagem regulatória baseada no risco passaria, portanto, pela singularidade de estimular experimentalismo e inovação.

1.4.3 A singularidade do risco estudado: experimentalismo e inovação

A ideia de inovação envolve processos disruptivos, ou seja, surgimento de atividades ou de tecnologias que "incorporam padrões e esquemas novos de atuação, provocando o desarranjo dos esquemas de produção e regulatórios vigentes"[103]. Para Patrícia Baptista e Clara Keller, o século XXI seria o momento por excelência de florescimento da destruição criativa proposta por Schumpeter ainda em 1942[104]. Em outras palavras, a frequente substituição da lógica econômica produtiva, típica do capitalismo, ganharia especial destaque nos tempos atuais.

Assim, independente e para além do Estado, a inovação simplesmente acontecerá. De todo modo, os estudiosos vêm reconhecendo o papel central das autoridades públicas como catalisadoras desse processo, inclusive na criação de novos mercados, quando os riscos ainda são extremamente elevados[105]. Como apontam os professores Diogo Coutinho e Maria Paula Dallari Bucci, se inovar é contraintuitivo do ponto de vista empresarial, em virtude do alto custo da gestão econômica de suas incertezas, também o Estado é incapaz de dar essas

---

[101] BLACK, Julia. Op.Cit., 2010, p.303.

[102] "A resposta aos riscos e a tentativa de gerenciá-los necessariamente envolvem antecipação do futuro, um futuro que, como afirmado, cientistas, estatísticos e modeladores quantitativos tentam estabilizar e tornar menos incerto por meio da produção de probabilidades e de análises de cenário, mas que, no entanto, é por sua natureza desconhecido. Ao prever o futuro, estamos fadados a cometer erros." (BLACK, Julia. Op.Cit., 2010, p.317 – Tradução livre).

[103] BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Op.Cit., p.131.

[104] SCHUMPETER, Joseph. Capitalism, socialism and democracy. ePub, Edição Kobo, EUA, 2015.

[105] Por todos: MAZZUCATO, Mariana. O Estado Empreendedor: desmascarando o mito setor público vs.setor privado. Trad. Elvira Serapicos, 1ª Ed, São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

respostas isoladamente[106]. Por isso, em trabalho específico sobre o tema das inovações no espaço público brasileiro, Rodrigo Pombo aponta a necessidade de coordenação de agentes públicos e privados, concluindo que "a inovação depende da combinação de diversos atores, cujas atuações são complementares"[107].

Nesse ponto, a solução formatada e proposta por Diogo Coutinho e Maria Paula Dallari Bucci envolve o avanço de políticas públicas voltadas à inovação, com indução estatal ao investimento privado e com maior interação entre as empresas, as universidades e o Estado. Segundo essa linha de pensamento, a agenda da inovação será incorporada de forma mais consistente pelo Estado brasileiro a partir do amadurecimento da "capacidade institucional de estruturar as formas jurídicas, atribuir papéis e desenhar arranjos capazes de organizar e coordenar as diversas – e por vezes conflituosas – linhas de ação no sentido político desejado"[108].

Em caráter exemplificativo, Rodrigo Pombo[109] enumera interessantes estratégias e desenhos institucionais que podem ser desenvolvidos no Brasil. Dentre eles, destaca as políticas públicas de inovação orientadas por missões (*mission-oriented policy*), em que os esforços são direcionados a objetivos específicos escolhidos sazonalmente pelo Estado à luz de suas necessidades econômicas e sociais. Há, ainda, modelos baseados na oferta (*supply-side innovation policies*) e na demanda (*demand-side innovation policies*) de soluções inovadoras. O primeiro tem como objetivo criar os meios – financiamentos, subvenções econômicas, incentivos fiscais – para ampliação de investimentos na área da inovação. O segundo, por sua vez, acredita que o foco deve ser na geração de demanda, por meio da aquisição pública de produtos inovadores, da regulação criativa de requisitos para produtos e serviços que incentive a obsolescência dos mercados, dentre outros.

Há, inclusive, certa apropriação desse discurso disruptivo pela política, em virtude de seu apelo na sociedade civil[110]. No Brasil, este movimento foi sentido a partir da edição da

---

[106] BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo R. Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: COUTINHO,Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais. São Paulo: Blucher, 2017, p.325 Apud POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Contratos Públicos na Lei de Inovação – transferência de tecnologia, acordo de parceria e encomenda tecnológica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020, p.08

[107] POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Ibidem, p.08

[108] BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo R. Op.Cit., p.313 Apud POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas, Ibidem, p.09.

[109] POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas, Ibidem, pp.10-13.

[110] Em discurso, enquanto presidente dos Estados Unidos da América, comentando sobre a medicina de precisão, no ano de 2015, Barack Obama foi efusivo: "Não basta celebrar a inovação. Nós temos que investir em inovação. Nós temos que estimular a inovação. Nós temos que encorajá-la e nos certificar de que a

Emenda Constitucional nº 85/2015, que incluiu o termo "inovação" em diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988, reforçando o dever do Estado em sua promoção. Nesses dispositivos, aliás, os professores Maria Paula Dallari Bucci e Diogo Coutinho identificam o fundamento constitucional para "interação entre o sistema público de pesquisa e as empresas"[111]. Por meio dessa reforma, o Título VIII do texto constitucional, que trata da "Ordem Social", passou a contar, em seu capítulo IV – "Da ciência, tecnologia e inovação", com ampla regulamentação da inovação e dos papéis a serem desempenhados pelo Estado em sua concretização.

Diante disso, é necessária atenção para que a reforma constitucional não seja mero artifício retórico e político. Nesse ponto, é precisa a ressalva de que não há e não deve haver idealização da inovação em si mesma. Como alerta o professor José Vicente Santos de Mendonça, "nem sempre inovar é bom; nem sempre o que é bom é inovador; e o discurso da inovação como modismo reduz a complexidade do tema"[112]. Por essa razão, especificar o campo em que a inovação merece maior atenção pelo Estado Regulador pode ser um importante meio de evitar a banalização do discurso. Justamente sob esta perspectiva de delimitação do espaço típico da inovação no direito público é que se defende sua concentração na seara do direito administrativo do risco.

Se, de um lado, é possível afirmar que a inovação fomenta o processo virtuoso de destruição criativa, de outro, dela também decorre maior grau de incerteza quanto à previsibilidade de seus resultados, ampliando a margem de erros que, em alguma medida, devem ser controlados pelo Estado. É dizer que, se a inovação funciona como catalisadora do risco, poderá produzir resultados proveitosos, indiferentes ou prejudiciais à coletividade, e, no limite, tem potencial de gerar catástrofes. Assim, o seu estudo pelo direito público é importante para buscar parâmetros jurídicos que permitam equacionar a margem de erro tolerável, à luz do princípio da precaução, orientando a gestão pública e os órgãos de controle. Nesse ponto é que o direito administrativo do risco busca fornecer ferramentas capazes de promover o equilíbrio entre a inovação, o erro e a precaução.

---

estamos canalizando da forma mais produtiva possível" (Disponível em https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/01/30/remarks-president-precisionmedicine).

[111] BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo R. Op.Cit., p.314 Apud POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Ibidem, p.16

[112] E prossegue o professor: "Inovar nem sempre é bom porque várias vezes o que existe funciona e nãohá ganhos na troca pela novidade, nem sempre o que é bom é inovador porque inovações podem simplesmente dar errado e, por fim, o discurso de inovação como modismo gera o risco de se descuidarda análise de efeitos sociais maléficos das mudanças e considerar a inovação como um fim em si mesmo. O que se deve buscar é a "inovação responsiva à qualidade do presente", ou seja, a inovação eficiente em uma dada realidade" (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op.Cit., 2018, pp. 169-189).

Diante da sua convivência mais frequente com a incerteza e da maior tolerância com o erro, este ramo do direito administrativo pode criar o espaço necessário para o incentivo e o amadurecimento da inovação no Brasil. A literatura do risco tem em sua essência relação com a dúvida acerca da predição realizada e do diagnóstico pensado. Não há solução pronta e sempre se depende, em certa medida, do experimentalismo para descoberta de respostas efetivas aos problemas. Em outras palavras, a regulação dos riscos oferece um catálogo de instrumentos que poderá fortalecer o discurso da inovação no Estado Regulador e será estudado com mais vagar nos próximos capítulos: (i) maior flexibilidade com o tratamento do erro; (ii) aprendizado institucional; (iii) participação social; e (iv) os gêneros das leis temporárias e experimentais. De todo modo, para que seja possível avançar ao próximo capítulo, o tópico seguinte desenvolve proposta de definição desse novo ramo jurídico.

1.5 Entre o Estado Regulador e o Estado do Risco: uma proposta de definição do direito administrativo do risco

O direito administrativo, como já pontuado, é disciplina caracterizada pela relatividade histórica e cede aos impactos e transformações sociais, especialmente à luz dos novos riscos surgidos em meados do século XX e evidenciados por Ulrich Beck. No século XXI, a atividade ordenadora estatal incorpora o conhecimento técnico-científico para lidar com a imprevisibilidade dos riscos, mas também reconhece suas limitações em áreas de mais aguda incerteza, como a regulação de alimentos, de medicamentos, do meio ambiente, de energia e das novas tecnologias[113].

Os estudiosos advertem que isto não significa que os riscos sejam propriamente uma questão nova para o direito administrativo, que convive com eles há muito tempo. Também não importa em reconhecer nos riscos o único objeto da regulação estatal no século XXI, que continuará atuando em setores produtivos em que o grau de incerteza é mais estável. Em verdade, a proposição é mais singela e decorre da verificação da expansão de cenários de baixa previsibilidade técnico-científica na atualidade. Em outras palavras, sem abandono de seu protagonismo e de suas demais tarefas, o Estado dependerá, no tratamento específico dos riscos, da integração com novos agentes relevantes e com novas ferramentas para atingir seu ponto ótimo.

---

[113] BAPTISTA, Patrícia, Op.Cit., p.247.

Nesse contexto, o professor Floriano Azevedo de Marques Neto, parafraseando Sabino Cassese, defende a superação da bipolaridade do direito administrativo, pautado exclusivamente na dualidade entre liberdade e autoridade. Em seu lugar, acredita no amadurecimento de um modelo multipolar e relacional, em que a Administração Pública atue na composição dos mais variados interesses[114]. A professora Patrícia Baptista destaca o aprofundamento desse processo de adaptação do Estado a partir do final do século XX, com a expansão da consensualidade e de mecanismos de participação[115]. Como descrito por Julia Black e já mencionado anteriormente, a relevância dos riscos para o direito administrativo contemporâneo, pode ser extraída de ao menos quatro funções para a regulação no século XXI: figurar como seu objeto, justificar sua existência, constituir e formatar instituições e procedimentos, e incentivar novas formas de *accountability*[116].

Todos esses aspectos permitem fixar a premissa de que a disciplina dos riscos compõe variável importante para o desenvolvimento do Estado e, por consequência, do direito administrativo contemporâneo[117]. Diante disso, é possível pensar a regulação e suas ferramentas de forma adaptada aos desafios impostos pelos novos "riscos" sob ao menos duas perspectivas. A primeira, mais extremada, defende a substituição do marco teórico do Estado Regulador pelas noções de Estado Regulador do Risco ou Estado de Risco. A segunda, investigada neste trabalho, acredita na suficiência da adaptação do Estado Moderno e do direito administrativo, tal como já o conhecemos, à luz da disciplina dos riscos, perseguindo a

---

114 "Portanto, impende reconhecer que o modelo bipolar cede lugar a um modelo multipolar, em que existirão pelo menos três partes na relação administrativa: dois ou mais interesses (públicos) conflitantes, titularizados por distintos privados, e a Administração, portadora de seus próprios interesses e com atribuição de mediar, compor ou arbitrar esses conflitos. E essas relações multipolares – diz Sabino Cassese – não seriam exceção, mas regra" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. Contratos e direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015, p.405)

115 BAPTISTA, Patrícia. Op.Cit., pp.16-17.

116 "Este capítulo sugere que atualmente o risco desempenha quatro papéis principais na regulação: fornecer um objeto de regulação; justificar a regulação; constituir e enquadrar organizações e procedimentos regulatórios; e enquadrar relações de accountability. (...) Nos dois primeiros papéis, orisco configura e define as ordens regulatórias. Nos dois últimos papéis, o risco estrutura e enquadra processos regulatórios." (BLACK, Julia, Op.Cit., p.302 – Tradução livre).

117 "Nas palavras de Ulrich Beck, "na modernidade avançada a produção social de riquezas vai acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos". Essa realidade traz para o Direito o papel de gerir esses novos riscos. Tanto nas ordens estatais, como na supraestatal, mostra-se necessário normatizar a gestão, a comunicação e a avaliação destes riscos. Surge a figura do direito administrativo dos riscos, uma especialização da atividade ordenadora estatal que absorve o conhecimento técnico- científico como instrumento decisório para lidar com a imprevisibilidade dos riscos, mas fica, de certo modo, refém das limitações e mutações deste conhecimento. O tema aflora, por exemplo, no âmbito da regulação de alimentos, medicamentos, meio ambiente, energia, sempre que o Estado é chamado a consentir com o uso de substâncias e tecnologias que, pela novidade, ainda não têm seus efeitos inteiramente determináveis" (BAPTISTA, Patrícia. Op.Cit., 2018, p.247).

construção de soluções compromissórias com múltiplos atores e instituições, os quais passariam a gozar de maior protagonismo no processo de tomada de decisão administrativa.

A primeira posição, pautada na perspectiva do professor Jacques Chevalier, acredita que os novos desafios apenas seriam adequadamente equacionados a partir de um igualmente novo Estado Pós-Moderno. Em sua faceta do Estado-garante, a autoridade pública apresentaria especial foco em riscos já existentes e na pulverização de novos. No limite, surge a defesa da substituição do marco teórico do Estado Regulador pelas noções de Estado Regulador do Risco ou de Estado de Risco. Em tese de doutoramento acerca desse tema[118], sob a orientação do professor José Ribas Vieira, Alceu Maurício Junior apresenta diversos argumentos nesse sentido.

A partir de aportes das ciências sociais, acredita que a semântica dos riscos passa a ser a "língua franca" da tomada de decisões administrativas, se incorporando ao discurso jurídico por meio da Constituição, das leis e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[119]. Ainda de acordo com seu raciocínio, a estrutura do Estado de Direito – tanto em sua vertente liberal, quanto em sua vertente social – seria incapaz de fornecer soluções à sociedade do século XXI, que demandaria um Estado de Risco, caracterizado "por tomar a ideia de risco como um dos principais elementos de definição e medida para justificação e atuação dos governos"[120].

Segundo Alceu Maurício Junior, há dois fenômenos em curso que justificariam a ruptura estrutural com antigos paradigmas: a crise do Estado social e a expansão do conceito global de segurança pública. Sob a influência de autores da pós-modernidade, a tese de doutoramento analisa diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988 e precedentes do Supremo Tribunal Federal que embasariam o surgimento do novo Estado do Risco[121], o qual representaria modelo teórico inédito com "capacidade de explicar, com melhor consistência, os problemas do Estado de direito na sociedade contemporânea, permitindo equacionar questões que vão além dos conflitos de classes econômicas e do paradigma da necessidade"[122].

---

[118] MAURICIO JUNIOR, Alceu. O Estado de Risco: O Estado Constitucional de Direito no Paradigma Social do Risco. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Orientador: José Ribas Vieira, 2011.
[119] MAURICIO JUNIOR, Alceu. Ibidem, 2011, p.59.
[120] MAURICIO JUNIOR, Alceu. Ibidem, 2011, p.58.
[121] MAURICIO JUNIOR, Alceu. Ibidem, 2011, pp.90-93.
[122] MAURICIO JUNIOR, Alceu. Ibidem, 2011, pp.97.

Noutro giro, em perspectiva menos radical, parte da doutrina especializada[123], com a qual se concorda, reconhece a suficiência da instituição de modelo regulatório específico, que reúna ao menos três etapas sucessivas: a avaliação, a gestão e a comunicação dos riscos. Em síntese, ao Estado seriam impostos os deveres de verificação de riscos reais e sérios a serem suportados pela sociedade, de busca do sistema mais eficiente de sua absorção pelos atores envolvidos, seguido do amplo dever de publicidade da opção política final. Ao gestor público do século XXI, portanto, competiria arbitrar, distribuir e eventualmente absorver os riscos de suas próprias decisões, tudo isso dentro dos parâmetros do paradigma atual.

Em lição precisa do professor Gustavo Binenbojm, sendo possível a reconfiguração ou atualização de um conceito corrente para os estudiosos do direito administrativo – como o são o Estado Regulador, o Estado Moderno e o Estado de Direito –, é pragmaticamente útil sua manutenção[124]. Com a criação de nicho específico no direito administrativo para questões de risco, parece possível prosseguir nas mesmas bases teóricas até aqui formuladas. Esta, aliás, é também a conclusão a que chega Julia Black, em estudo dedicado ao tema. Segundo a sua perspectiva, a centralidade dos riscos no século XXI não representaria o abandono ou o rompimento com o Estado Regulador, nem a necessidade de construção de um novo marco teórico do Estado Regulador do Risco ou do Estado do Risco[125]. Em síntese, bastaria criação de capítulo próprio para o direito administrativo do risco nas bases do marco teórico vigente.

À luz desse raciocínio, preserva-se o caráter essencialmente mutável e setorial da regulação, afastando-se da pretensa teoria geral e cartesiana criticada por Diogo Coutinho. A partir de influxos da economia política institucional[126], o professor defende pensar o direito administrativo e a teoria da regulação em perspectiva de permanente construção, levando em consideração a sinergia e a coordenação público-privada em vistas à implementação das políticas públicas. Admite, ainda, ampla participação de *stakeholders*, a partir de vetores de *accountability*, de transparência e de deliberação. Por meio da combinação seletiva das

---

[123] BAPTISTA, Patrícia; DIONISIO, Pedro. O Direito Administrativo do risco: a nova intervenção estatalsob o enfoque da segurança alimentar. Revista De Direito Sanitário, 18, pp. 194-198, 2018.

[124] BINENBOJM, Gustavo. Op.Cit., 2016, p.76.

[125] Também conclui dessa forma a professora Julia Black: "O "Estado Regulador" (Majone, 1994, 1997; Moran, 2003) tornou-se o "Estado Regulador do Risco"? Eu diria que não. Em qualquer caso, os rótulos provavelmente serão imprecisos, pois não admitem nuances. Diante disso, a despeito do papel significativo do risco na constituição, enquadramento e estruturação de ordens regulatórias, de processos regulatórios e de relações de accountability, regulação não é só sobre riscos. Nem toda regulação pode sercaracterizada, ou de fato se caracteriza, em termos de risco, ou ao menos somente o faz se o risco for definido de forma ampla para descrever todas as políticas que o Estado persegue, caso em que se aplica o rótulo" (BLACK, Op.Cit., p.339 – Tradução livre).

[126] Para explicação das linhas gerais da economia política institucional e de sua importância para o direito econômico, ver: COUTINHO, Diogo. Direito e institucionalismo econômico: apontamentos sobre uma fértil agenda de pesquisa. Revista de Economia Política, v.37, nº3 (148), pp.565-586, julho- setembro/2017.

ferramentas disponíveis – e não de automática dicotomia entre técnicas de incentivo e de comando e controle – autoriza também a experimentação consciente, o aprendizado institucional e a troca interinstitucional.

Sob esse enfoque, a regulação é traduzida como fenômeno politicamente aberto e sem uma necessária vinculação de caráter histórico ou ideológico, que comprometa todas as suas ferramentas sempre com tal ou qual propósito. O próprio professor Giandomenico Majone apresenta esta questão de forma mais clara em trabalho recente[127]. Desse modo, é possível produzir um direito administrativo mais consentâneo com as necessidades da "sociedade de riscos mundial"[128]. Os riscos podem e devem influenciar a ressignificação do Estado Regulador, reconfigurando seu objeto, seus parceiros e seu instrumental. A sociedade exige ferramentas que estimulem participação de novos atores no processo decisório, e o direito administrativo deverá percorrer esses novos caminhos.

Como afirma Ulrich Beck, é nesse contexto que surge a disciplina que será explorada neste trabalho, a qual conceitua como "uma nova área jurídica, o direito do risco, que regulamenta a forma de proceder face a riscos, sobretudo de origem científica e técnica"[129]. O direito administrativo do risco, pois, é campo específico do direito público destinado ao estudo da postura estatal diante de cenários de incerteza. O seu espaço de investigação pode ser estruturado em três eixos centrais: compreender quando se está diante de riscos a serem geridos pelo Estado (*o que é risco?*), quem são os atores e as instituições que participam ou devem participar do processo de tomada de decisão neste campo (*quem deve decidir sobre riscos?)* e quais são os instrumentos que devem gozar de protagonismo neste processo (*como decidir sobre riscos?*).

A resposta a todas essas questões, segundo a hipótese avaliada neste trabalho, passaria pela introdução a este campo específico do direito administrativo do risco de três elementos que já permeiam tanto o pensamento de seus estudiosos quanto as decisões tomadas pelos gestores públicos e por seus controladores no século XXI, a saber, a precaução, o erro e a

---

[127] "O que precedeu o Estado regulador contemporâneo não foi algum regime laissez-faire puro, masoutro Estado regulador. O que mudou foi o modo, o escopo e/ou o nível de regulação, bem como a importância relativa de políticas reguladoras em relação a outras funções governamentais, como redistribuição de renda." (MAJONE, Giandomenico. As transformações do Estado regulador. Revista de Direito Administrativo, v.262, p.23, jan./abr. 2013, p.12).

[128] Nessa perspectiva, a conclusão do professor Jacques Chevalier: "trata-se, portanto, bem mais de uma adaptação dessas técnicas ao novo contexto social do que de uma ruptura com as mesmas. Além disso, a perda das referências tradicionais e o aumento dos riscos impõem a busca de um "espaço central em que se possa expressar e tomar forma uma vontade comum eficaz, conjurando o perigo de uma governança sem governo" (P. ROSANVALLON, 2004)." (CHEVALIER, Jacques. Op.Cit., p.276).

[129] BECK, Ulrich. Op.Cit., p.26.

inovação. No Brasil, esses três vetores vêm ganhando especial destaque na literatura do direito público, em razão do fenômeno mais abrangente de releitura dos princípios constitucionais da eficiência e da segurança jurídica. Por essa razão, nos capítulos que se seguem, pretende-se apresentar, com mais vagar, cada um desses elementos, buscando contribuir com o amadurecimento dadisciplina do direito administrativo do risco no Brasil.

2 OS ELEMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO DO RISCO: A INOVAÇÃO, O ERRO E A PRECAUÇÃO

> *"O desafio do Estado está em como acomodar a inovação com os mercados preexistentes e penso que a proibição da atividade na tentativa de contenção do processo de mudança evidentemente não é o caminho até porque seria como tentar aparar o vento com as mãos"*
> (LUIS ROBERTO BARROSO, VOTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 1.054.110).

2.1 A inovação como elemento do direito administrativo do risco

O primeiro capítulo pretendeu apresentar o panorama atual da literatura dos riscos nas ciências sociais e seus impactos sobre o estudo do direito administrativo. Diante da centralidade da inovação no século XXI, destacou-se a importância de que o Estado Regulador seja um catalisador do experimentalismo, estimulando a destruição criativa e, paralelamente, criando parâmetros de tolerabilidade ao erro. A partir de agora, pretende-se aprofundar a compreensão de três conceitos – a saber, inovação, erro e precaução – que compõem o núcleo do direito administrativo do risco, investigando o equilíbrio possível entre eles, perseguido por este ramo específico do direito público.

Como desenvolvido ainda no primeiro capítulo, a busca de soluções inovadoras no campo da regulação de riscos torna-se cada vez mais frequente na atualidade. No Brasil, aliás, há exemplos extraídos do cotidiano regulatório que corroboram a afirmativa. O Banco Central do Brasil, a partir do Laboratório de Inovações Financeiras Tecnológicas – LIFT, vem apostando em *sandboxes* regulatórias na tentativa de alavancar o mercado de *fintechs* no país. Dentre as agências reguladoras, é possível citar os debates de revisão, por meio de audiências públicas e de participação social, da Resolução da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL nº 482/2012, que criou estímulos à produção de energia eólica. No campo das normas temporárias, a Agência Nacional da Aviação Civil – ANAC, em 2020, expediu o primeiro Certificado de Autorização de Voo Experimental (CAVE) para que empresa interessada do ramo inicie entrega de produtos utilizando drones.

Aliás, o Banco Central do Brasil, no exercício de seu papel de promoção da estabilidade econômica do país, comumente utiliza soluções flexíveis. Por essa razão, é responsável por um dos precedentes judiciais mais relevantes sobre o tema. Trata-se de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região que afastou a configuração de ato de improbidade administrativa e de lesão ao erário em operações de

venda de contratos de dólar futuro pelo Banco Central do Brasil para socorro de instituições financeiras no ano de 1999. Naquela oportunidade, o desembargador relator Ney Bello destacou, em seu voto paradigmático, que a operação era pouco usual, porém "havia uma crise de confiança, e é absolutamente razoável o argumento do risco sistêmico para justificar a atuação do Estado na forma como se deu"[130].

Todos esses exemplos – e todos aqueles que serão apresentados ao longo deste trabalho – pretendem demonstram, pois, a proximidade entre a disciplina da inovação e as ferramentas do direito administrativo do risco. De todo modo, é preciso verificar se a interpretação que se pretende conferir ao risco como objeto de pesquisa do direito administrativo encontra respaldo normativo na legislação em vigor acerca do tema. Como se sabe, o intérprete convive, em sua atividade criativa, com as balizas textuais do próprio ordenamento jurídico. Assim, qualquer interpretação em tal ou qual sentido deverá estar contemplada na moldura estabelecida pela Constituição e pela legislação correlata, a qual se passa a investigar[131].

Sob o aspecto normativo, a lei federal nº 10.973/04, marco legal da política de incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, no capítulo referente ao "estímulo à inovação nas empresas", expressamente recorre à disciplina dos riscos. Em seu artigo 20, com a redação dada pela lei federal nº 13.243/16[132], admite contratação direta pelo Estado de entidade pública e privada que forneça soluções inovadoras em questões de interesse público que envolvam "risco tecnológico". Também no âmbito dos Estados do Rio de Janeiro[133] e de São Paulo[134], a legislação refere a esta possibilidade, com redação praticamente idêntica à do normativo federal.

---

[130] Apelação Cível nº 0019638-73.1999.4.01.3400, Relator Desembargador Ney Bello, Tribunal Regional Federal da Primeira Região, julgamento em 21.06.2017, publicado em 20.10.2017.

[131] "Ademais, quando se questiona em que medida a Constituição é produto da criação judicial, não se pode perder de vista que o texto desempenha papel relevante na limitação da liberdade interpretativa. O texto não é apenas o ponto de partida da interpretação: associado ao imperativo de fundamentação das decisões judiciais, torna-se peça fundamental na constrição do arbítrio no processo hermenêutico. A importância do texto como fator limitador do voluntarismo tem sido destacado por Konrad Hesse, para quem na "interpretação constitucional que parte da primazia do texto este constitui um limite infraqueávela sua atuação" (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Saraiva: Rio de Janeiro, 2ª Ed., 2018, p.70).

[132] Lei federal nº 10.973/04, artigo 20, caput: "Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar diretamente ICT, entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, isoladamente ou em consórcios, voltadas para atividades de pesquisa e dereconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnicoespecífico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador."

[133] Lei estadual nº 5.361/08, artigo 21.

[134] Decreto estadual nº 62.817/2017, artigo 52.

Mais recentemente, o decreto federal nº 9.283/18, que regulamenta a lei federal nº 10.973/04, reforçou a sinergia existente entre direito administrativo do risco e inovação. Logo em seu artigo 2º, inciso III, define risco tecnológico como a "possibilidade de insucesso no desenvolvimento de solução, decorrente de processo em que o resultado é incerto em função do conhecimento técnico-científico insuficiente à época em que se decide pela realização da ação". Em seguida, incorpora mecanismos de reconhecimento do erro como parte do processo criativo, flexibilizando metas e admitindo mudanças na conclusão do projeto. Segundo seus artigos 48, inciso I, 58, §6º e 60, inciso I, é possível a aprovação das contas do projeto, sem qualquer dever de ressarcimento, mesmo diante do não cumprimento de deveres em razão do "risco tecnológico".

A despeito da referência ao chamado "risco tecnológico", não parece equivocado estender sua aplicação às demais espécies de risco já destacadas anteriormente – riscos biográficos, crises ecológicas, crises financeiras globais, ameaças terroristas, dentre outros. O próprio conceito adotado pelo decreto federal nº 9.283/18 permite tal interpretação, já que não se restringe ao contexto das novas tecnologias. Nesse sentido, a noção abrangente de risco, adotada pelo direito positivo, pode ser o fundamento necessário à catalisação da inovação pelo Estado Regulador. Em outras palavras, existiria, no campo do direito administrativo do risco, posição preferencial de estudo e de incentivo à inovação e ao experimentalismo.

Isto não impede que, observado escrutínio mais rigoroso, a busca por soluções inovadoras permeie outras áreas de atuação estatal. Porém, o que se defende é que as instituições e ferramentas mais propensas à inovação – extraídas do catálogo oferecido pelo direito administrativo do risco – passariam a ser preferencialmente vocacionadas a responder questões disruptivas, assim verificadas no contexto cultural e político de cada país e em cada momento histórico. Por tal razão, a preferência de inovação pelo Estado em espaços reservados ao direito administrativo do risco pode ser mecanismo de concentração de esforços no campo em que ela se faz mais necessária, evitando a banalização retórica discursiva, e reconhecendo sua centralidade no estudo do tema.

De fato, a incerteza que permeia a regulação dos riscos é também fio condutor da inovação. Assim, se o Estado precisa ser um catalisador de soluções inovadoras em um mundo disruptivo, eliminando o congelamento criativo[135]; também precisa aprimorar os

[135] A expressão é de André Ribeiro Tosta, que assim a define: "Por congelamento criativo, entende-se a ausência de foco nas discussões pré-litigiosas, nas inconsistências institucionais que geram resultados jurídicos indesejáveis e no recurso dogmático a categorias, por vezes, atávicas: uma marginalização da atividade criativa pelos juristas em áreas onde ela é útil; a ausência de terreno fértil para o florescimento de inovações

critérios de tolerabilidade do erro, evitando catástrofes. Nesse contexto, o direito administrativo do risco passa a ser, por excelência, o campo correlato de estudo do tema, ao se debruçar sobre os vetores da inovação, do erro e da precaução.

2.2 Erro Administrativo: entre a catástrofe e a inovação

A noção de erro no direito administrativo brasileiro reclama sistematização quanto à sua definição, tipologia e efeitos jurídicos[136]. O termo é ordinariamente associado ao descumprimento de comandos normativos claros aprovados após votação pelo Poder Legislativo, representante de uma suposta "vontade geral". Esse raciocínio, porém, não resiste à realidade contemporânea: administrar é mais do que atender simplesmente à lei, e legislar nem sempre admite textos alheios a ambiguidades típicas do jogo político. Na seara do direito administrativo do risco, a expansão de cenários de incerteza técnico-científica escancara a fragilidade da linha de pensamento tradicional. Daí a constatação incontornável de que administrar é mesmo criar[137].

Nesse contexto, os professores Gustavo Binenbojm e André Cyrino diagnosticam que o mundo da aplicação da lei de ofício não existe[138]. O gestor público que se limite a aplicar o texto legal será incapaz de enfrentar a mutabilidade e a complexidade das situações fáticas no século XXI. Os problemas sociais demandam soluções inovadoras, desafiando molduras preestabelecidas. Contudo, se a premissa de que administrar deve ser considerado sinônimo de criar é verdadeira, a naturalização do erro na gestão pública deveria ser sua consequência lógica. As ciências econômicas já reconhecem limites na racionalidade humana, sujeitas a falhas e a vieses cognitivos.

Além disso, no caso específico de cenários de incerteza, há um agravamento decorrente da dependência de eventos futuros e incertos que tentam ser equacionados por

---

nas estruturas jurídicas existentes" (TOSTA, André Ribeiro. Instituições e o direito público: empirismo, inovação e um roteiro de análise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1ª Edição, 2019, p.85).

136 "No Direito Administrativo brasileiro, no entanto, são escassos os estudos doutrinários ou precedentes judiciais que tratem do conceito, das espécies e, sobretudo, das consequências jurídicas do erro cometido pelo administrador público no exercício de suas funções. O fenômeno parece decorrer da falta de tratamento legal sobre o assunto, o que foi parcialmente suprido com a introdução do artigo 28 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655/2018" (DIONISIO, Pedro de Hollanda. Op.Cit., p.62)

137 SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª Ed., 2014, Capítulo 9 ("Administrar é Criar?").

138 BINEMBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art.28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo – Edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (lei nº 13.655/2018), p.205, nov.2018.

estudos probabilísticos humanos[139]. Como bem aponta Paulo Modesto, o erro em matéria que envolva risco ou incerteza elevada, em geral, decorre de reações futuras de terceiros, de assimetria de informação e, até mesmo, de vieses cognitivos[140]. Portanto, aceitá-lo como parte natural do processo de aprendizado institucional é essencial para o amadurecimento do processo de decisão administrativa. Assim também conclui Pedro Dionísio, para quem "quanto maior é a complexidade do ambiente de tomada de decisão, maiores são os riscos e incertezas envolvidos e, por conseguinte, mais intensa é a imprevisibilidade dos resultados das ações administrativas"[141].

A disciplina dos riscos, pois, exige a calibragem adequada entre erro e inovação: se a tolerância excessiva com o erro pode gerar catástrofes e deve ser evitada, também o seu combate desmedido pode levar ao desencorajamento de soluções inovadoras. A noção de eficiência, mesmo na iniciativa privada, importa em admitir os erros e aprender com eles, não devendo prevalecer a noção de que o Estado eficiente é aquele que não erra ou que não deve errar[142]. Enquanto autoridades públicas não naturalizarem a perspectiva do erro, será difícil pensar em uma gestão de riscos eficiente. Se o objetivo último do Estado é o resultado ótimo já conhecido, por que arriscar e buscar soluções disruptivas?

Em outras palavras, associar certa decisão como boa ou ruim exclusivamente em virtude de seu resultado não estimula criatividade e não oferece instrumentos adequados para o manejo dos riscos inevitáveis na conjuntura do século XXI[143]. Como visto anteriormente, a literatura dos riscos atribui ao Estado papéis novos, que permitem catalisar inovação e criar mercados. Nesse sentido, a professora Julia Black destaca o princípio da resiliência dentre as ferramentas disponíveis para tratamento do risco: o Estado deve ter capacidade de adaptação frequente às mudanças e aos problemas da coletividade, sendo natural, em certa medida, a convivência com erros. Sem descurar da responsabilização em casos específicos, que serão mais bem abordados adiante, acredita-se que o princípio da precaução fornecerá o equilíbrio fino entre inovação e erro.

---

139 DIONISIO, Pedro de Hollanda. Op.Cit., p.38.

140 MODESTO, Paulo. Op.Cit., p.03.

141 DIONISIO, Pedro de Hollanda. Op.Cit., p.38.

142 Grabosky observa o efeito deletério da "bad politics": "Em todo lugar, a aversão ao risco, tão endêmica à vida burocrática, pode agravar o impacto regulatório (Wilson 1984:218). (...) A agência buscou banir a substância de uma vez ao invés de correr o risco de ser criticada por qualquer dano resultante do uso indevido. O fato de que o dano do uso não controlado provavelmente seria maior do queo dano do uso controlado preocupava menos a agência do que sua imagem pública" (GRABOSKY, Couterproductive Regulation. International Journal of the Sociology, 23, 1995, p.360-361 – Tradução livre).

143 Esse debate parece mais amadurecido nos estudos sobre as limitações do próprio Poder Judiciário. A esse respeito, ver: VERMEULE, Adrian. Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

2.2.1 Entre a captura e o controle: em busca de espaço de erro tolerável no âmbito do direito administrativo do risco

Diante da imprecisão técnica do termo "erro", tornou-se comum equivocada associação de seu conceito com a noção de ineficiência. Nesse contexto, há duas alternativas metodológicas à Administração Pública que costumam, discursivamente – ainda que, por vezes, de forma não intencional –, contribuir para essa confusão. De fato, os discursos de autorregulação e de controle contribuem para a crescente aversão ao erro administrativo, comprimindo espaço de inovação e de experimentalismo que se espera do gestor público. Antes de definir o espaço de "erro legítimo" que pode ser naturalizado pelo direito administrativo, é essencial, pois, eliminar falsos dilemas que costumam influir na dinâmica de sua percepção e de seu tratamento.

2.2.1.1 O falso dilema da autorregulação: erro, falhas regulatórias e captura

A teoria das falhas regulatórias, a teoria da captura e o direito administrativo do risco possuem pontos de contato que merecem breve menção para dissipar inconsistências de abordagem. Com efeito, riscos mal regulados acarretam prejuízos à coletividade e, como apontado por Bridget Hutter e Sally Lloyd-Bostock, geram questionamento sobre a efetividade e a própria legitimidade do Estado Regulador. Cass Sunstein destaca, dentre os paradoxos do Estado Regulador, a relação de causa e efeito existente entre intensidade regulatória de novos riscos e agravamento do nível agregado de risco[144]. Nesse contexto, a teoria das falhas regulatórias e a teoria da captura são diagnósticos ordinários entre os estudiosos da regulação na construção, por vezes retórica, de respostas para a ocorrência de catástrofes no século XXI[145].

Em breves linhas, a teoria das falhas regulatórias reflete a tentativa de sistematizar problemas estruturais comuns ao Estado Regulador. A terminologia é clara referência às chamadas falhas de mercado, estudadas pela Economia e identificadas como as principais justificativas teóricas para a existência da regulação estatal[146]. Em trabalho acerca do que

---

[144] SUNSTEIN, Cass. Paradoxes of the Regulatory State. The University of Chicago Law Review 407, 1990. Disponível em: SSRN: https://ssrn.com/abstract=2842302 (Último acesso em 29.12.2021).

[145] SALGADO, Lucia Helena. Texto para Discussão (TD) 1388: Caos aéreo e tragédia dos comuns: falhasde mercado e de governo. Plataforma RC-IPEA, 2009. Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/handle/ 11058/1566 (Último acesso em 12.09.2020).

[146] Sobre o tema, ver: WOLF, Charles. Markets or governments: choosing between imperfect alternatives.Santa Monica: The Rand Corporation, 1986; e STIGLITZ, Joseph. Government Failure vs. MarketFailure:

chama de regulação contraprodutiva, o professor Peter Grabosky enuncia diversas falhas regulatórias, dentre as quais, excesso ou carência de incentivos para o comportamento pretendido, profecias autorrealizáveis, externalidades negativas, custos de oportunidade, e adaptação criativa da parte regulada[147].

A teoria da captura, por seu turno, encontra raízes no tradicional estudo do professor George Stigler, para quem "a regulação é adquirida pela indústria, além de concebida e operada fundamentalmente em seu benefício"[148]. Embora existam críticas a esta concepção[149], a ideia é ainda extremamente influente na academia e parte do princípio de que a regulação muitas vezes é produto de pressões ilícitas de grupos de interesse sobre as agências independentes responsáveis pela decisão técnica final. A grande dificuldade prática da teoria da captura, contudo, consiste na identificação dos limites entre o legítimo exercício de influência e de participação no processo decisório das instâncias técnicas e a ilicitude que deveria ser efetivamente combatida[150].

Nesses termos, tanto a teoria da captura quanto a teoria das falhas regulatórias justificam catástrofes a partir de problemas encontrados nas estruturais reais de regulação. Em síntese, se prestam a cenários em que o Estado Regulador corrompe seu modelo ideal e, por isso, acaba por decidir mal ou de forma contrária ao interesse da coletividade. Contudo, em especial no século XXI, parece necessário estreitar a literatura de catástrofes também com aquela referente ao direito administrativo do risco. Na "sociedade de riscos mundial" de Ulrich Beck, nem todos os erros do Estado Regulador devem ser imputados a falhas regulatórias ou à captura, merecendo análise sob perspectiva flexível.

Nesse sentido, o direito administrativo do risco permite estremar espaços de falhas epistemológicas, ou seja, de verdadeiras inconsistências ou insuficiências do próprio conhecimento científico, que isentariam as estruturas regulatórias de responsabilidade[151]. A distinção é importante porque reconhece que, no século XXI, parte dos erros cometidos pelo

---

Principles of Regulation. In E. Balleisen & D. Moss (Eds.), Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 13-51, 2009.

147 GRABOSKY, Peter. Op.Cit. pp.347-369.

148 STIGLER, George J. A Teoria da Regulação Econômica. *In* MATTOS, Paulo, et. al. (ed) Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2002.

149 CARRIGAN, Cristopher; COGLIANESE, Cary. Capturing Regulatory Reality: Stigler"s The Theoryof Economic Regulation. University of Pennsylvania Law School – Institute for Law and Economic Research Paper n. 16-15, 2016.

150 Sobre a perspectiva complexa e dinâmica da teoria da captura, ver: MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel. Preventing regulatory capture – Special interest influence and how to limit it. New York: Cambridge University Press, 1ª Ed., 2014.

151 A expressão "falhas epistemológicas", tradução livre do original "epistemological failures" é extraída da obra DOWNER, J. 737-Cabriolet: the limits of knowledge and the sociology of inevitable failure. American Journal of Sociology, 117, 2011, p.725-762 (HUTTER, Bridget; LLOYD-BOSTOCK, Sally. Op.Cit., p.18).

Estado Regulador é, em certa medida, inevitável. Em outras palavras, nem todas as catástrofes possuem diagnóstico comum de captura ou de falhas regulatórias, mas podem decorrer das limitações técnicas na realização de cálculo dos riscos ou, mesmo, de sua completa impossibilidade.

À luz do direito administrativo do risco, é possível pensar em formas diferentes daquelas tradicionalmente apontadas para tratamento das catástrofes. De fato, a teoria da captura e a teoria das falhas regulatórias estimulam debate em torno de melhorias da performance regulatória. Contudo, no limite, e utilizadas de forma abrangente e acrítica, podem ser instrumentalizadas por discursos que apostem na degradação e no abandono do Estado Regulador, com sua substituição por mais autorregulação. Por seu turno, o debate dos riscos permite aclarar a percepção de que, em alguns casos, terá de se conviver com a inevitabilidade do erro humano e técnico-científico, redimensionando o foco do debate para o aprendizado institucional e para o fortalecimento da regulação estatal.

A perspectiva discursiva da teoria da captura e da teoria das falhas regulatórias pode ser exemplificada a partir de estudo compartilhado por Pedro Dionísio[152]. Segundo os professores Jonathan Wiener e Michael Rogers, haveria certo consenso na literatura especializada[153] de que os cidadãos norte-americanos toleram mais riscos e confiam mais na autorregulação do mercado; ao passo que os europeus apostam no já estudado princípio da precaução e na centralidade da regulação estatal. A análise empírica empreendida pelos professores sobre a regulação de atividades de risco, no período entre 1970 e 2004, sob os critérios da prematuridade e da severidade, demonstrou a invalidade da hipótese. Em determinadas atividades, a regulação europeia foi mais intensa, como quanto ao consumo de alimentos transgênicos e às mudanças climáticas; em outras, porém, os Estados Unidos apresentaram regras mais rigorosas, como na regulação do tabagismo e da vacinação.

Assim, para além do caráter cultural dos riscos, que justificaria o maior ou menor grau de intervenção estatal em cada uma das atividades mencionadas, a premissa, – falseada pelo

---

[152] DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. Princípio da precaução e contradições na regulação do risco. In Regulação 4.0 – Novas tecnologias sob a perspectiva regulatória; BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela (Orgs.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp.96-101.

[153] Dentre os trabalhos citados por Pedro Dionísio, destaca-se: “Existe uma percepção geral na opinião pública de que “a Europa é mais precavida, mais regulada, mais ambientalista, e mais avessa ao risco do que os Estados Unidos”. Norte-americanos são supostamente mais individualistas, propensos a riscos e confiantes de que a tecnologia e o mercado resolverão todos os problemas. Europeus tem uma cultura de controle ex ante, ao passo que norte-americanos utilizam o controle ex post. A União Europeia formalmente adota o princípio da precaução buscando proativamente regular riscos, enquanto os Estados Unidos, avesso ao princípio da precaução, aguardaria pela evidência do dano antes da regulação” (WIENER, Jonathan B.; ROGERS, Michael D. Comparing precaution in the United States and Europe. Journal of Risk Research, v.05, 2002, p.01)

estudo empírico – de que norte-americanos são mais propensos a riscos porque depositam confiança na autorregulação, demonstra o potencial discursivo das teorias da captura e das falhas regulatórias. Nesse ponto, as professoras Bridget Hutter e Sally Lloyd-Bostock sugerem existir descompasso entre as escolas dos Estados Unidos e da Europa, ao menos no campo da sociologia. Enquanto as primeiras focariam mais nas tragédias, as segundas estariam mais atentas à disciplina dos riscos[154].

Por essas razões, estremar as diferenças de perspectiva entre, de um lado, as teorias da captura e das falhas regulatórias e, de outro, o direito administrativo do risco é relevante. As primeiras associam as catástrofes a problemas de modelagem do Estado Regulador, ao passo que o segundo parte da premissa de que há margem de erros que são incontroláveis e, por isso mesmo, em alguma medida, inevitáveis. No dia a dia da regulação, é possível vislumbrar exemplos em que os diagnósticos corretos sejam, realmente, as teorias da captura e das falhas regulatórias. Em outros, contudo, é possível que prevaleça o diagnóstico do direito administrativo do risco. O importante é perceber, desde logo, que os fenômenos coexistem e não se confundem.

2.2.1.2 O falso dilema do controle: erro, desonestidade e improbidade

Para além do falso dilema da autorregulação, a disciplina dos riscos também ocupa importante papel na releitura do erro administrativo sob o viés do controle. A compreensão adequada de cada um desses conceitos possibilita redimensionar o espaço em que a atuação proativa do controle deve ser prestigiada – desonestidade e improbidade –, e aquele em que surge como indesejável agente inibidor de inovação e de salutar experimentalismo. No Brasil, em inúmeras oportunidades as situações são sobrepostas, o que gera críticas frequentes quanto à consequente paralisia administrativa, rotulada por meio de expressões como “apagão das canetas” e “direito administrativo do medo”[155].

Em tese de doutoramento sobre o tema, Marianna Montebello Willeman qualifica como sobrecarga de controle (*accountability overload*) o fenômeno segundo o qual a

---

[154] HUTTER, Bridget; LLOYD-BOSTOCK, Sally. Op.Cit., p.09.

[155] A preocupação foi manifestada pelos professores Floriano de Azevedo Marques Neto e JulianaBonacorsi de Palma: “A burocracia pública brasileira apenas pode avançar se seus gestores estiverem devidamente tutelados para que possam tomar decisões difíceis, inovar, desafiar tradições, experimentar eaté mesmo errar. No Brasil, o experimentalismo ainda não se desenvolveu como nos demais sistemas jurídicos avançados exatamente porque o erro honesto não é admitido pelos controladores.” (MARQUES NETO, Floriano; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: o caso TAC ANATEL, *no prelo*, p.60).

supervisão institucional torna-se disfuncional e desestimula a inovação no âmbito da Administração Pública[156]. A autora aposta em postura dialógica e colaborativa das instâncias de controle junto às autoridades administrativas para combate a esse cenário ineficiente de "culto ao controle"[157]. Além disso, porém, parece necessário definir, afinal, quando o erro deve ser objeto de responsabilização e quando sua ocorrência deve ser naturalizada como parte de curva de aprendizado institucional.

O avanço da interpretação da lei de improbidade administrativa (lei federal nº 8.429/97) pelos Tribunais Superiores, especialmente no que se refere ao alcance da responsabilização de agentes públicos, fornece boas diretrizes dos caminhos até aqui percorridos nessa temática. Os seus tipos são considerados excessivamente abertos, divididos entre aqueles referentes a lesão ao erário, ao enriquecimento ilícito e à violação aos princípios. Com isso, outorgam amplo espaço hermenêutico aos órgãos de controle, que foram construindo sua própria noção de improbidade. O Superior Tribunal de Justiça, no ano de 1999, em julgamento paradigmático, sob a relatoria do Ministro Garcia Vieira, atestou que a lei apenas seria aplicável ao "administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado."[158]

A partir de então, construiu-se jurisprudencialmente a noção de que a improbidade dependeria da comprovação do elemento subjetivo, sendo, portanto, uma espécie de erro qualificado. Assim, atualmente, as duas turmas do Superior Tribunal de Justiça que se debruçam sobre a temática exigem a presença de dolo para punição, com base na lei de improbidade administrativa, nas hipóteses de enriquecimento ilícito e de atentado aos princípios constitucionais e, ao menos de culpa, para punição nos casos de dano ao erário[159]. Em linha com essa evolução jurisprudencial, a lei federal nº 14.230/21, recentemente aprovada pelo Congresso Nacional, positivou a exigência da prova de dolo em qualquer

---

[156] WILLEMAN, Marianna Montebello. O desenho institucional dos Tribunais de Contas e sua vocação para a tutela da accountability democrática: perspectivas em prol do direito à boa administração públicano Brasil. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Orientador: Adriano Pilatti, 2016, p.30.

[157] WILLEMAN, Marianna Montebello. Ibidem, p.332.

[158] Recurso Especial nº 213.994/MG, Primeira Turma, Ministro Relator Garcia Vieira, publicado no Diário Oficial da União em 27.09.1999.

[159] A título de exemplo: Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1500812/SE, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21.05.2015, DJE 28.05.2015; e Agravo Regimental no Recurso Especial nº 968447/PR, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 16.04.2015, DJE 18.05.2015.

hipótese de improbidade, com a demonstração da "vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito"[160].

A lei federal nº 14.230/21 exclui, ainda, qualquer responsabilidade por ato de improbidade administrativa pelo "mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito"[161]. Prossegue também considerando lícita toda a "ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificadas, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões de controle ou dos Tribunais"[162]. Conforme se verá mais a frente, disposição muito semelhante, inserida pela lei federal nº 13.655/18, foi objeto de veto pela Presidência da República durante sua tramitação legislativa[163].

Noutro giro, outra instituição relevante na construção dos contornos do controle do erro do gestor público é o Tribunal de Contas da União, que atualmente se imiscui até mesmo no mérito das decisões de agências reguladoras[164]. A sua jurisprudência quanto ao tema é ainda vacilante, oscilando entre a figura do "gestor médio" e a preocupação com as limitações probatórias da culpa. Embora permaneça a imprecisão conceitual, em 2021 foi fornecida importante baliza, em processo da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, para quem, a partir da interpretação de inúmeros precedentes do próprio Tribunal de Contas da União[165], o erro punível seria "aquele que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal,

---

[160] O artigo 1º, §2º da lei federal nº 8.429/92, após a inclusão promovida pela lei federal nº 14.230/21, passou a dispor que "considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente".

[161] O artigo 1º, §3º da lei federal nº 8.429/92, após a inclusão promovida pela lei federal nº 14.230/21, passou a dispor que "o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa".

[162] O artigo 1º, §8º da lei federal nº 8.429/92, após a inclusão promovida pela lei federal nº 14.230/21, passou a dispor que "não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário."

[163] Esta seria a redação do dispositivo vetado da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: "Artigo 28, § 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo quenão venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais."

[164] Há grande celeuma doutrinária a respeito do tema, que vem sendo objeto de obras monográficas. Porém, para os limites deste trabalho, importa o aspecto descritivo de que o Tribunal de Contas da União vem exercendo essa função. Nesse sentido: "O TCU pode determinar medida corretiva a atos discricionários de agência reguladora, desde que esse ato viole o ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da economicidade da Administração Pública e da modicidade tarifária na prestação de serviços públicos." (Acórdão nº 3251/2020, Plenário, Relator Raimundo Carreiro, julgado em02.12.2020)

[165] Para fins de registro, a decisão cita inúmeros precedentes: Acórdãos 2.872/2019, 2.659/2019, 957/2019, 2.924/2018, 2.860/2018 e 2.391/2018 do Plenário, 14.130/2019 e 2.699/2019 da Primeira Câmara e 11.762/2018 da Segunda Câmara, relatados, respectivamente, pelos Ministros Aroldo Cedraz, André Luís de Carvalho, Augusto Nardes, José Múcio Monteiro, Augusto Sherman Cavalcanti, Benjamin Zymler, Walton Alencar Rodrigues, Vital do Rêgo e Marcos Bemquerer Costa.

ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do caso concreto”[166].

A partir da conjugação da compreensão manifestada pelo Superior Tribunal de Justiça – que demanda a comprovação de elemento subjetivo –, e do Tribunal de Contas da União – que apenas sanciona a diligência abaixo do normal – seria crível imaginar que há racionalidade no exercício do controle. Contudo, os dados infirmam tal premissa. Nos anos de 2018 e de 2019, o professor Rafael Carneiro coordenou pesquisa junto ao Instituto de Direito Público – IDP, em que investigou todos os acórdãos proferidos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática da improbidade administrativa, no período entre 01.01.2005 e 27.06.2018. Após recorte e seleção dos acórdãos disponíveis, verificou que mais da metade das condenações seria fundamentada na hipótese de violação a princípios administrativos, ausente enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário. Dentre as conclusões da pesquisa, destaca-se justamente a constante confusão terminológica entre erro administrativo e desonestidade, ampliando o alcance punitivo da lei[167].

Além disso, também no campo legislativo, a confusão ainda é corriqueira e bloqueia soluções inovadoras. Exemplo recente pode ser extraído do catálogo de crimes aprovado pela lei federal nº 14.133/21[168]. Dentre os novos tipos incluídos no Código Penal encontra-se o inédito artigo 337-O, que estabelece pena de reclusão de seis meses a três anos, e multa a quem omitir, modificar e entregar condição de contorno[169] “em relevante dissonância com a realidade”, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse. A finalidade específica de obtenção de benefício, direto ou indireto, próprio ou para outrem não compõe elementar do tipo, sendo mera qualificadora.

O dispositivo permitiria, assim, ao menos em tese, responsabilizar agentes privados ou públicos por erros de projetos, a depender da interpretação dos órgãos de controle do que

---

[166] Acórdão nº 22/2021, Segunda Câmara, Relator Ministro Aroldo Cedraz, julgado em 26.01.2021.

[167] CARNEIRO, Rafael Araripe. STJ em números: improbidade administrativa. Plataforma Jota – Opinião& Análise, 2020 (Último acesso em 01.05.2021).

[168] Ainda na vigência da lei federal nº 8.666/93, quanto aos ilícitos penais, houve debate jurisprudencial acerca da criminalização de agentes públicos e da exigência de dolo. No ano de 2019, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, destacou a necessidade de comprovação do elemento subjetivo para condenação no tipo penal de inexigibilidade indevida de licitação (Ação Penal nº 962, Ministro Relator Marco Aurélio, Ministro Redator para Acórdão Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.06.2019, publicado no DJE em 23.10.2019).

[169] O dispositivo define condição de contorno como “as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos” (Código Penal, artigo 337-O, §1º).

venha a ser "relevante dissonância da realidade". O problema é ainda mais sensível quando são considerados projetos de maior complexidade, como aqueles desenvolvidos em procedimento de manifestação de interesse ou em diálogo competitivo. É dizer que o novo tipo penal representa modelo de eficiência em descompasso com a perspectiva do direito administrativo do risco, ao não admitir – e criminalizar – o erro, desincentivando soluções inovadoras. Esse exemplo, somado à pesquisa empírica desenvolvida por Rafael Carneiro, ilustra o apontado problema discursivo do controle para identificação mais precisa do espaço do erro legítimo.

Nesse sentido, Pedro Dionísio propõe filtros que devem ser observados para fins de qualificação do erro juridicamente tolerável[170]. Para o autor, quatro seriam os *standards* a serem observados pelos órgãos de controle em sua atividade fiscalizadora: (i) a diligência do gestor público no caso concreto; (ii) as específicas exigências do cargo ocupado pelo gestor público; (iii) o nível de incerteza fática ou jurídica identificado no curso do processo decisório; e (iv) o grau de aderência das decisões administrativas às informações acumuladas durante o processo de tomada de decisão.

Assim, em primeiro lugar, deveria ser avaliada a diligência do gestor público, considerando que o grau mínimo a ser exigido variará de acordo com a urgência, a relevância e os obstáculos materiais à obtenção de informações necessárias à decisão objeto de análise. O autor ilustra o requisito da urgência a partir do episódio de deslizamento de encostas ocorrido na Região Serrana do estado do Rio de Janeiro, no ano de 2011, em que contratos foram formalizados em cenário de calamidade pública[171]. Quanto ao requisito da relevância, Pedro Dionísio extrai da jurisprudência do Tribunal de Contas da União o prevalecente critério econômico[172], mas adverte que também critérios sociais e políticos devem ser sopesados.

Além deste primeiro parâmetro, em segundo lugar, pondera que as específicas exigências do cargo ocupado pelo gestor público devem ser inseridas na avaliação do órgão de controle, de modo que o seu rigor seja proporcional ao grau de responsabilidade na escala hierárquica. O terceiro parâmetro mencionado por Pedro Dionísio seria o nível de incerteza

---

[170] "No presente livro, são propostos quatro parâmetros operacionais para a verificação da tolerabilidade jurídica do erro cometido pelo administrador público. São eles (i) a diligência do gestor, cujo graumínimo exigido variará de acordo com a urgência e a importância da decisão, bem como com os obstáculos materiais à obtenção de informações relevantes; (ii) as específicas exigências do cargo ocupado pelo administrador; (iii) o nível de incerteza fática ou jurídica envolvida na decisão analisada e, finalmente, (iv) o grau de aderência das decisões às informações prestadas." (DIONISIO, Pedro de Hollanda. Op.Cit, p.116).

[171] Sobre o tema, o autor faz referência ao conhecido trabalho: GARCIA, Flavio Amaral; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Desastres naturais e as contratações emergenciais. Revista de DireitoAdministrativo – RDA, Rio de Janeiro, v.265, pp.149-178, jan./abr. 2014.

[172] Acórdão 2677/2018 TCU, Relator Ministro Benjamin Zylmer, Plenário, julgado em 21.11.2018.

fática ou jurídica identificado no curso do processo decisório, o que guarda especial relação com o critério dos obstáculos materiais à obtenção de informações estabelecido no primeiro *standard*. Por fim, o quarto e último parâmetro fornecido pelo autor seria o grau de aderência das decisões administrativas às informações acumuladas durante o processo de tomada de decisão.

O autor defende, ainda, regra de interpretação favorável ao gestor público. Assim, em caso de dúvida após a análise de todos os *standard*s sugeridos em seu trabalho, o órgão de controle deveria considerar o erro juridicamente tolerável, afastando qualquer responsabilização administrativa. Ainda no primeiro capítulo, apontou-se caso que serve para exemplificar a aplicação dos parâmetros sugeridos por Pedro Dionísio na atuação do Banco Central do Brasil. O Tribunal Regional Federal da Primeira Região, sob a relatoria do desembargador Ney Bello, afastou a configuração de improbidade administrativa e de lesão ao erário em operações de venda de contratos de dólar futuro para socorro de instituições financeiras no ano de 1999. Conquanto não adote de forma expressa e sistemática esses parâmetros, o racional da decisão está voltado justamente ao cenário de incerteza existente e de urgência para solução da crise econômica.

Pois bem. A partir dos parâmetros propostos por Pedro Dionísio e da análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União sobre a matéria, é possível identificar a importância da diferenciação entre erro, improbidade e desonestidade. Nesse passo, a confusão terminológica apenas alimenta o falso dilema da ineficiência estatal e desestimula a assunção de riscos pelo gestor público. Os fenômenos do "apagão das canetas" e do "direito administrativo do medo" são efeitos imediatos do culto excessivo ao controle, mencionado por Marianna Montebello Willeman. Assim, é relevante a definição do espaço juridicamente tolerável do erro, especialmente em cenário de incerteza técnico-científica, foco do presente trabalho. Para empreender tal pesquisa, é necessário, antes, delinear as principais características do último elemento que integra o direito administrativo do risco, qual seja, o princípio da precaução.

2.3 A (re)descoberta do Princípio da Precaução

Em virtude do processo de intensificação da disciplina do risco na gestão pública, o direito administrativo passa a conviver com a (re)descoberta do princípio da precaução, que será invocado de forma mais frequente na construção de soluções envolvendo cenários de incerteza técnico-científica. O princípio passa a figurar, assim, como importante parâmetro de

atuação dos gestores públicos e de otimização do controle judicial e administrativo. Dada a sua centralidade, até mesmo para compreensão dos impactos de sua interpretação sobre os princípios da segurança jurídica e da eficiência, trataremos dele ainda neste capítulo.

2.3.1 As dimensões do princípio da precaução

O conteúdo do princípio da precaução[173] é enunciado pela primeira vez em 1969, na Suécia, em sua lei de proteção ambiental. Na década de 1970, na Alemanha, há também movimento precursor com a incorporação do *Vorsorge prinzip* e de sua então lei de proteção contra emissão de poluentes de 1974. Após, ganha destaque internacionalmente por meio da Carta Mundial da Natureza, expedida pela Assembleia Geral das Nações Unidas no ano de 1982, em seu item 11. Apenas em 1992 é expressamente citado pela Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, durante Conferência das Nações Unidas, que ficou conhecida como ECO-92. Sua origem, assim, está ligada de forma umbilical ao direito ambiental, o que explica, em alguma medida, a associação comumente encontrada entre os dois temas.

No Brasil, há quem entenda que o artigo 225, §1º, inciso V da Constituição Federal de 1988, dispositivo que estabelece as diretrizes da política do meio ambiente no país, outorgaria estatura constitucional ao princípio da precaução ao impor ao Poder Público "controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente". De todo modo, diversas leis infraconstitucionais ambientais referem expressamente ao princípio da precaução, dentre as quais, a lei federal nº 11.105/05, que regulamenta a política nacional da biossegurança, e a lei federal nº 11.428/06, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica.

A bem da verdade, entre o direito ambiental e o princípio da precaução subsiste relação de continência. É possível afirmar que o princípio da precaução, de uma forma mais ampla, se presta a conformar a regulação dos riscos, da qual o direito ambiental é espécie, ao lado de outros campos do direito que trabalham com a tentativa de antecipação de futuro marcado por incerteza. Assim, o princípio da precaução deve ser lido como vetor interpretativo estruturante do direito administrativo do risco. Como aponta a doutrina

---

[173] Para a reconstrução histórica do princípio da precaução, ver: CHEVALIER, Jacques. Op.Cit., p.158.

especializada, “face aos novos riscos em matéria de meio ambiente ou de saúde, o Estado vai ser constrangido a intervir em nome do princípio da precaução”[174].

O princípio da precaução opera, portanto, com os chamados riscos incontroláveis, que não permitem aferir a certeza científica de possíveis tragédias. Tradicionalmente, costuma ser oposto ao princípio da prevenção, o qual se debruça sobre riscos que a ciência consegue balizar de modo mais objetivo, assegurando maior previsibilidade dos danos decorrentes de determinada atividade. A marca distintiva, portanto, é justamente a incerteza quanto ao grau esperado de seus impactos. Dessa forma, o princípio da prevenção autoriza a manipulação dos riscos, estabelecendo parâmetros técnicos para minorar tragédias já conhecidas, ao passo que o tratamento dado aos problemas que envolvem a aplicação do princípio da precaução encerra debates ainda não totalmente sedimentados.

De um lado, na versão forte do princípio da precaução, se defende que, diante de riscos incontroláveis, o Estado deve proibir a atividade até que haja elementos científicos que militem em favor da segurança da proposta. O ônus da prova, nesse caso, recairia exclusivamente sobre o interessado na exploração econômica da atividade[175]. De outro lado, em sua versão fraca, haveria um dever de regulação estatal *ex ante*, de modo a controlar mais intensamente atividades que envolvam riscos desconhecidos. Em uma ou outra versão, Cass Sunstein identifica no princípio papéis importantes de proteção contra riscos, do tratamento de efeitos colaterais indesejados e da criação de deveres diferenciados entre países de acordo com sua capacidade econômica[176].

A professora Julia Black[177] enuncia três aspectos do princípio da precaução que são necessários à compreensão do gerenciamento contemporâneo de riscos: aversão ao risco, relutância a compromisso irreversível e justiça intergeracional. O primeiro é estudado pela economia comportamental e representa o viés de permanência do ser humano, que o impele muitas vezes a não assumir riscos com resultados incertos e com potencial de causar

---

[174] CHEVALIER, Jacques. Op.Cit., p.68.

[175] Em matéria ambiental, o Superior Tribunal de Justiça possui consolidada jurisprudência a este respeito, consubstanciada no enunciado de súmula nº 618: “*A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental*”. Dentre os precedentes que fundamentam a orientação, o ministro Herman Benjamin destaca “No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e ope legis, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e ope judicis (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanação natural do seu ofício de condutor e administrador do processo).” (REsp 883656 RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012).

[176] SUNSTEIN, Cass. Para além do princípio da precaução. Revista de direito administrativo – RDA, Rio de Janeiro, v.259, jan./abr. 2012, p.14.

[177] BLACK, Julia. Op.Cit., 2010, p.319.

prejuízos. O segundo também é um dos vieses cognitivos humanos e representa a dificuldade de firmar compromissos que inviabilizem completamente futuros cursos de ação. Por fim, a ideia de justiça intergeracional reflete preocupação democrática contemporânea[178] de equilibrar possíveis benefícios imediatos de determinada atividade com riscos impostos às gerações futuras, ainda não nascidas[179].

Nesse passo, Julia Black[180] prossegue explorando ainda princípios correlatos ao da precaução, a saber, o princípio da resiliência e o princípio do custo-benefício. A ideia de resiliência traduz fortalecimento da lógica administrativa da tentativa e erro, adaptando os sistemas e instituições de modo que naturalizem o erro em processos de decisão que envolvam riscos. A professora, contudo, adverte que isso não pode significar um cheque em branco aos gestores públicos e que, principalmente após a crise financeira mundial de 2008, o debate acerca de medidas preventivas ao erro ganhou força. O princípio do custo-benefício, por sua vez, pretende responder à questão de *quão seguro é seguro o suficiente, a partir de estudos técnicos e científicos*.

A despeito da centralidade do princípio da precaução no estudo dos riscos, Cass Sunstein apresenta provocações quanto a sua utilidade prática. Em trabalho sobre o tema, destaca vieses cognitivos que geram o interesse racional em sua utilização de forma acrítica, a saber, o viés cognitivo já mencionado da aversão à perda, o mito da natureza benevolente, a heurística da disponibilidade, a indiferença quanto à probabilidade e a indiferença quanto aos efeitos sistêmicos de cada decisão. A partir dos influxos da economia comportamental, assim, tenta demonstrar as armadilhas da aplicação irrestrita do princípio da precaução e por que sua versão forte deveria ser prontamente abandonada pelos estudiosos do direito administrativo[181].

---

178 "Nada em relação a esse tema é simples, a começar pelas tensões que ele gera no âmbito da própria ideia de democracia. Isso porque os ciclos eleitorais de curto prazo não favorecem decisões que miremum horizonte de tempo mais largo. Além disso, a maioria das pessoas que serão afetadas pela mudança climática não tem voz nem voto, ou por serem muito jovens ou por sequer haverem nascido. Some-se a isso o fato de que questões técnicas e científicas intrincadas raramente atraem mobilização popular" (BARROSO, Luís Roberto. Op.Cit., 2019, p.46).

179 Exemplo emblemático deste conflito intergeracional pode ser extraído do discurso de Greta Thunberg, jovem ativista sueca, na abertura do Encontro de Cúpula sobre Ação Climática organizado pela ONU: "(...) Nós estamos vivenciando o começo de uma extinção em massa. E tudo o que vocês fazem é falar de dinheiro e de contos de fadas sobre um crescimento econômico eterno. Como vocês se atrevem? Por maisde 30 anos, a ciência tem sido muito clara. Como vocês se atrevem a continuar ignorando isto? E como seatrevem a vir aqui e dizer que estão fazendo o suficiente? Quando sabemos que as políticas e as soluções necessárias não são sequer vistas? Vocês dizem que estão nos escutando e que compreendem a urgência (deste tema). Mas não importa tão triste e furiosa eu esteja, eu não quero acreditar no que dizem. Se vocêsrealmente entendem o que está acontecendo e continuam falhando em agir, vocês seriam um mal. E eu merecuso a acreditar nisso." (Tradução livre).

180 BLACK, Julia. Op.Cit., 2010, p.321-323.

181 SUNSTEIN, Cass R. Op.Cit., pp.20-21.

Em primeiro lugar, critica seu caráter paralisante: a alocação do ônus da prova quanto à extensão dos riscos da atividade para o particular muitas vezes é impossível de ser superada e elimina os benefícios de oportunidade. Além disso, se a precaução lida com incertezas de impacto desconhecido deveria considerar também os impactos negativos de proibição ou grave restrição a inovações disruptivas ("riscos substitutos"), de forma que mesmo a regulação excessiva poderia, em tese, ser contrária ao princípio da precaução. Segundo o autor, justamente aí residiria o seu caráter paralisante, pois "ele se põe como um obstáculo tanto à regulação quanto à não regulação, bem como a qualquer ponto intermediário entre as duas"[182].

Na doutrina brasileira, o professor Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas apresenta crítica semelhante, afirmando que manifestações extremadas da precaução devem ser afastadas em nome de estudos sérios de probabilidade e de custo. Exemplifica sua perspectiva a partir da decisão acerca da renovação da matriz energética de um país. Segundo o autor, se de um lado usinas hidrelétricas ampliam riscos de danos ambientais significativos durante a construção de suas barragens, na fase de operação são retratadas como fonte "limpa" de energia. De outro lado, termelétricas possuem impacto reduzido na fase de construção e de instalação, mas produzem resultados mais gravosos ambientalmente na etapa de produção. Assim, a precaução poderia ser utilizada, em ambos os casos, como fomentadora da paralisia decisória, o que seria prejudicial[183].

Em segundo lugar, retornando à obra de Cass Sunstein, o professor explicita ainda o caráter absolutamente relativo e cambiante do risco e de sua percepção pelos indivíduos, pelas instituições e pela sociedade civil. Diversos vieses impactam a análise objetiva dos riscos pelos *experts*, revelando seu caráter cultural. Por fim, a terceira objeção apresentada reflete a confusão conceitual da precaução, que é muitas vezes aplicada de modo a impor que o Estado Regulador presuma o pior cenário possível para modelar sua forma de atuação. Nesse caso, segundo Sunstein, haveria superposição do princípio da precaução com o princípio *minimax*, invocado em matérias em que o pior cenário deve sempre ser considerado, como o terrorismo e a segurança nacional.

As críticas, embora pertinentes, não inviabilizam a utilização do princípio da precaução, como reconhece Cass Sunstein. A primeira objeção, de sua suposta vinculação a

---

[182] SUNSTEIN, Cass R. Op.Cit., p.39.

[183] MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A responsabilidade extracontratual do Estado e deseus agentes por decisões tomadas em situações de risco e incerteza: uma comparação entre Brasil e Portugal. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 261, set./dez. 2012, p.106.

um fenômeno de paralisia institucional, pode estar mais relacionada ao regime de responsabilização dos agentes públicos do que à aplicação do princípio. Como visto anteriormente, a regulação dos riscos deve ser arena importante de incentivos à inovação e de naturalização do erro. A combinação adequada de ferramentas do direito administrativo, que serão estudadas ao longo deste trabalho, será capaz de fornecer caminhos para esta proposta. A precaução, portanto, se desconectada do fetiche da imediata proibição, não deve ser necessariamente vinculada a uma ideia deinação estatal.

De outro lado, a segunda objeção reflete o caráter cultural dos riscos e, por consequência, a baixa objetividade do princípio da precaução. De fato, como já destacado anteriormente, a heurística e as características de certa sociedade são, sim, determinantes para fixação dos riscos toleráveis em cada país. Isso, contudo, não deve ser analisado exclusivamente sob um prisma negativo. O relativismo permite que, em nível global, se produzam resultados distintos e, portanto, fontes inesgotáveis de experiências, ampliando a curva de aprendizado mundial. É justamente a isso que se presta, dentre outras coisas, o estudo do direito comparado. O mais importante é modelar o princípio de modo que não sirva apenas para destacar os vieses cognitivos e as variantes culturais, mas também ajude a conformá-los mais objetivamente.

Por fim, na terceira objeção, Cass Sunstein expõe a aplicação sobreposta entre o princípio *minimax* e o princípio da precaução. Mais amplamente, é nesse aspecto que reside o maior problema verificado nos debates acerca do princípio da precaução, a saber, a confusão terminológica com outros conceitos. Há consenso de que este princípio lida com riscos que não permitem aferir certeza científica de possíveis tragédias. Contudo, o antídoto a ser oferecido pelo princípio da precaução é que gera perplexidades maiores. A proibição pura e simples da atividade econômica – criticada por Cass Sunstein – é, muitas vezes, o antídoto que, para além de combater a doença (refletida nas catástrofes que se pretende evitar), mata o paciente (a inovação e oexperimentalismo).

Assim, na tentativa de contribuir com o debate acerca do conteúdo do princípio da precaução e dos resultados que dele se espera, passa-se a analisar como o Supremo Tribunal Federal vem o aplicando na construção de sua jurisprudência acerca do tema. Observada a premissa de que riscos possuem inequívoco caráter cultural, partir da interpretação conferida pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro poderá revelar seus contornos mais concretos e auxiliar na proposta de identificação da natureza do princípio da precaução no país.

2.3.2 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A relevância do princípio da precaução vem sendo destacada de forma iterativa pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É importante ressaltar que não existe no Brasil qualquer precedente que tenha buscado balizar, por meio de parâmetros objetivos, a matéria. As decisões judiciais meramente exemplificam como o Poder Judiciário vem aplicando o referido princípio. Assim, passa-se a ilustrar o estado da arte no Brasil, por meio de decisões recentes tomadas pelo Supremo Tribunal Federal. A partir da análise descritiva deste cenário, busca-se sua avaliação prescritiva.

No curso da pandemia decorrente do novo coronavírus, durante o julgamento da constitucionalidade da Medida Provisória nº 966/2020, a qual delimitava o regime da responsabilidade administrativa de gestores públicos no enfrentamento da crise sanitária, o Plenário reconheceu que configuraria erro grosseiro a não observância dos princípios da prevenção e da precaução. A grande questão é em que consiste este princípio para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, haja vista que, no limite, pode impor ao gestor público regime impreciso de responsabilização, a ser definido unilateralmente pelos órgãos constitucionais de controle. O esforço é, pois, relevante[184].

Pois bem. Há uma série de precedentes da Suprema Corte em que o princípio da precaução, conquanto não utilizado expressamente, pode ser extraído implicitamente dos debates ocorridos no Plenário. Em 2016, o Tribunal deferiu medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, sustando a lei federal nº 13.269/16, editada em flagrante contrariedade à posição manifestada pela agência reguladora competente, e impedindo a aplicação do medicamento fosfoetanolamina sintética em pacientes diagnosticados com neoplasia maligna[185]. Naquela oportunidade, o colegiado recorreu ao fundamento de que incumbe ao Estado, mais propriamente à agência reguladora competente, de modo geral, o dever de zelar pela saúde da população, segundo protocolos cientificamente validados, gerindo os riscos da autorização ou da proibição de determinado medicamento.

No ano de 2017, durante o julgamento da validade de leis estaduais que proíbem o uso, a comercialização e a produção de produtos à base de amianto/asbesto de espécie

---

[184] A preocupação já foi manifestada pela doutrina nacional: LEAL, Fernando. O direito ao erro do administrador público é compatível com o dever de precaução? Plataforma Jota – Pandemia, 2020 (Último acesso em 16.09.2020).

[185] Ação Direta de Inconstitucionalidade-MC nº 5.501, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 19/05/2016, publicado no DJe em 01/08/2017. Em outubro de 2020 houve o julgamento definitivo da ação, com a confirmação da cautelar anteriormente concedida e o trânsito em julgado em 10/12/2020.

crisotila, o Plenário reconheceu a inconstitucionalidade da lei federal nº 9.055/95, que admitia o manejo da substância em situações específicas[186]. Para a Corte, a lei federal teria passado por processo de inconstitucionalização, na medida em que hoje haveria consenso científico acerca da natureza altamente cancerígena e da inviabilidade do uso seguro de amianto/asbesto de espécie crisotila. Ademais, constatou que, atualmente, a substância poderia ser substituída por outros materiais, sem os mesmos riscos e recomendados pela agência reguladora competente. Diante desse novo substrato fático e do dever estatal de redução de riscos, a lei federal foi declarada inválida, prevalecendo a proibição da substância contida nas leis estaduais[187].

Após, no ano de 2018, o terceiro caso selecionado refere-se à polêmica proibição, expedida pela agência reguladora competente, dos cigarros de sabor[188]. Naquela oportunidade, a Suprema Corte afirmou, por maioria, que a atividade regulatória no Brasil não se circunscreve ao campo econômico ou concorrencial, avançando também sobre o campo social. Segundo o colegiado, a exigência crescente de agilidade e de flexibilidade do Estado levou à emergência de agências dotadas de relativa autonomia. Quanto a seu poder normativo, a Corte destacou que não se trata de atividade "inferior" ou "exterior" à legislativa, mas sim "qualitativamente diferente, pelo seu viés técnico, ainda que conformada pela ordem constitucional e legal vigentes".

Contudo, ao analisar o mérito da questão, não houve consenso mínimo entre os ministros acerca da constitucionalidade – e mesmo da legalidade – da Resolução da Diretoria Colegiada 14/2012 da ANVISA, que havia expressamente vedado os cigarros de sabor. Parte dos ministros compreendeu que a proibição importava incursão indevida sobre espaço político de apreciação livre do Poder Legislativo, devendo ser anulada. A outra corrente, contudo, entendeu que a atuação estava de acordo com o desenho institucional das agências reguladoras, voltado à resolução de questões de mais alta complexidade técnica, prestigiando a interpretação conferida pela Administração Pública. Diante do impasse, inexistindo maioria

---

[186] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 24/08/2017, publicado no DJe em 01/09/2017; e Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406 e 3.470, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 29/11/2017, publicado no DJe em 01/02/2019.

[187] O julgamento neste caso é paradigmático para a regulação dos riscos, porque reflete um dos exemplos citados pelo professor Cass Sunstein para defender a maior cautela com o princípio da precaução. De acordo com o professor, na discussão travada nos Estados Unidos, a proibição do uso do asbesto seria decorrência de vieses cognitivos humanos, a saber, a indiferença quanto à probabilidade e a indiferença quanto aos efeitos sistêmicos (SUNSTEIN, Cass. Op.Cit., p.64).

[188] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.874, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 01/02/2018, publicado no DJe em 01/02/2019.

para declarar a invalidade da norma, foi delegada sua avaliação casuística aos juízes e tribunais locais.

No ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal enfrentou, pela primeira vez, a questão referente às tecnologias disruptivas e a legitimidade das alternativas regulatórias adotadas. O caso envolvia a constitucionalidade de leis municipais que proibiam, de modo absoluto, a operação dos aplicativos de transporte em sua circunscrição. A despeito de considerações acerca do prejuízo ao trânsito, ao meio ambiente e aos mercados setoriais regulados pelo Estado, o Tribunal reconheceu a invalidade da proibição pura e simples do mercado disruptivo. Afirmou, ainda, que o legislador local deveria se ater aos limites impostos pela lei federal nº 13.640/18[189], que autorizava a atividade com condicionantes, como a contratação do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres e do Seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros.

No ano de 2020, para além do citado julgamento da validade da Medida Provisória nº 966/20, o Plenário da Corte expressamente invocou o princípio da precaução, também no contexto da pandemia da COVID-19, para impor ao Poder Executivo federal uma série de medidas de proteção às comunidades indígenas[190]. Em sede de medida cautelar, diante da notícia de agravamento de contágio e de extermínio de povos indígenas, dentre outras ordens, houve determinação de instalação de Sala de Situação para a gestão da pandemia, nos termos da Portaria Conjunta 4.094/2018, do Ministério da Saúde e da FUNAI. O colegiado administrativo, composto por representantes do governo federal, do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública da União e dos povos indígenas, deveria formular e monitorar plano de enfrentamento da pandemia para os povos indígenas brasileiros, o que resultou em adoção de medidas ao longo do ano de 2021.

Os precedentes citados até aqui refletiram hipóteses as mais diversas de regulação de riscos e, por isso, em maior ou menor grau, de incidência do princípio da precaução. Contudo, existe um caso em especial, julgado no ano de 2016, em que o Supremo Tribunal Federal efetivamente se debruçou sobre o conteúdo do princípio da precaução no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 627.189, com repercussão geral reconhecida, em que se enfrentava a constitucionalidade da lei federal nº 11.934/09, a qual

---

[189] Recurso Extraordinário nº 1.054.110, com repercussão geral reconhecida, Relator Ministro LuísRoberto Barroso, julgado em 08/05/2019, publicado no DJE em 06/09/2019; e Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 08/05/2019, publicado no DJe em 02/09/2019.

[190] Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709, Relator Ministro Luís RobertoBarroso, julgado em 05/08/2020, publicado no DJE em 21/08/2020.

estabelece a adoção dos parâmetros de segurança propostos pela Organização Mundial de Saúde para regulação de campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica[191].

Em breve contextualização, o caso envolvia ação civil pública proposta por associação de moradores que se dizia especialmente afetada com a construção de torres e linhas de transmissão de energia elétrica, com significativo aumento da tensão produzida na região. A partir de estudos técnico-científicos, traçava correlação desses campos com doenças cardiovasculares, câncer, diabetes e, até mesmo, suicídio. Com base no princípio da precaução e no direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo condenou a concessionária de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético de suas linhas de transmissão, de acordo com o padrão adotado pela Suíça e sob a fiscalização de especialistas da Universidade de São Paulo.

O acórdão do tribunal local fixou, em sua ementa, que o princípio da precaução exigiria que "sempre que houver uma probabilidade mínima de que o dano ocorra como consequência da atividade suspeita de ser lesiva, necessária se faz providência de ordem cautelar"[192]. Estabeleceu, ainda, a inversão do ônus probatório quanto à comprovação da ausência de lesividade na hipótese, e, diante da carência de estudos científicos, condenou a concessionária de energia elétrica nos termos acima descritos. Entre a publicação do acórdão pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o julgamento do recurso extraordinário, foram editadas a lei federal nº 11.934/09 e as Resoluções Normativas nº 398/10 e 616/14 da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, as quais adotaram parâmetros mais brandos do que o julgado, conquanto respaldados pela Organização Mundial de Saúde – OMS.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral à matéria, admitiu como *amici curiae* a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADEE e a União federal, e realizou audiências públicas sobre o tema. No julgamento de mérito da lide, foi conferido *status* constitucional ao princípio da precaução, o qual seria extraído do artigo 225, §1º, incisos IV e V, da Constituição Federal de 1988. Ressaltou-se, ainda, em diversas oportunidades, seu caráter não absoluto e não universal, com variações relevantes a depender do nível tecnológico do país e dos seus traços culturais.

---

[191] Recurso Extraordinário nº 627.189, com repercussão geral reconhecida, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 08/06/2016, publicado no DJE em 03/04/2017.

[192] Apelação Cível nº 679.208-5/5-00, Desembargador Relator José Renato Nalini, Primeira Câmara Reservada ao Meio Ambiente, julgado em 31/07/2008, publicado no DJE em 13/10/2008.

O Ministro Relator Dias Toffoli destacou que a precaução corresponderia a um "critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos". Diante disso, o princípio geraria o dever correlato ao Estado de analisar os riscos, avaliar os custos das medidas de prevenção e, ao final, executar as ações necessárias, decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais. Ao contrário da conclusão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, expressamente afastou a tese de que a precaução impõe a prova da inexistência de risco para que haja liberação da atividade econômica.

Entre o risco da paralisia institucional e a ameaça de graves prejuízos potenciais ao meio ambiente e à saúde da coletividade, o Poder Executivo deveria observar, em sua decisão, três vetores hermenêuticos basilares: o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, o princípio da não discriminação na aplicação das medidas administrativas e o princípio da coerência das medidas propostas com aquelas já adotadas em situações semelhantes pretéritas. Atendidas estas premissas, ao Poder Judiciário competiria apenas realizar controle mínimo e juízo de deferência em relação à decisão administrativa, considerando as incertezas científicas em torno da questão debatida.

Assim, o relator, acompanhado pela maioria da Suprema Corte, julgou procedente o recurso extraordinário, de modo a assentar a constitucionalidade do parâmetro estabelecido pela lei federal nº 11.934/09, em consonância com os padrões da Organização Mundial de Saúde e da maioria dos países que compõe a União Europeia. Considerada a razoabilidade do parâmetro normativo, o Poder Judiciário deveria ser deferente com a escolha técnico-científica dos Poderes Executivo e Legislativo. No entanto, o Ministro ressalvou expressamente que, no futuro, surgindo estudos científicos categóricos em qualquer outro sentido, seria possível a revisão dos parâmetros adotados, com eventual reconhecimento da inconstitucionalização progressiva da lei federal.

Noutro giro, a corrente vencida, composta pelos Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello, mantinha na íntegra o acórdão recorrido. O Ministro Celso de Mello adotou versão forte do princípio da precaução, advertindo que sempre que houvesse probabilidade de dano decorrente de atividade identificada por sua potencialidade lesiva, o Estado deveria tomar medidas cautelares, na linha do que decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Destacou, assim, que no conflito entre os princípios da propriedade e da iniciativa privada, de um lado, e o direito fundamental à saúde, à vida e ao meio ambiente equilibrado, do outro, deveria prevalecer o segundo. Por fim, concluiu o voto com a

invocação de brocardo jurídico que demonstra a adoçã de versão forte do princípio da precaução: "*in dubio pro securitate*", ou seja, em caso de dúvida a decisão milita em favor da segurança.

2.3.3 Afinal, qual a natureza da precaução?

Em todos os julgamentos narrados no tópico anterior, ocorridos nos últimos anos no Plenário do Supremo Tribunal Federal, explícita ou implicitamente, houve debates que auxiliam na definição do alcance jurisprudencial pátrio do princípio da precaução. A jurisprudência da Suprema Corte revela que o fundamento comumente utilizado pelos ministros para justificar a intervenção judicial em cenários de risco seria a vertente da proteção insuficiente do princípio da proporcionalidade. Assim, apenas seria admitida a atuação positiva do Poder Judiciário quando houvesse a demonstração técnico-científica de que a opção do Poder Executivo refletiria proteção insuficiente da população.

Além disso, também é possível inferir dos julgamentos apresentados que os ministros variam, em suas manifestações, entre versões fortes e fracas do princípio, alternando entre proibição absoluta e imposição de meras restrições a atividades econômicas que representem riscos reais e sérios a toda coletividade. Especificamente no julgamento da regulação de campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica fica clara a cisão interna da Suprema Corte quanto ao tema, o que é, em certa medida, natural diante da complexidade dos problemas que envolvem decisões administrativas de gerenciamento de riscos.

A partir do estudo desses precedentes, acredita-se que a precaução representa importante ferramenta para o gestor público e para os órgãos de controle. Em outros termos, é justamente na busca do equilíbrio harmônico entre a precaução e a inovação que se encontra a margem de erro tolerável. A razão parece estar com Fernando Leal, para quem se está diante de uma regra de decisão aplicável em cenários de grave incerteza técnico-científica, de modo a municiar o gestor público no processo de análise dos riscos envolvidos e de seu potencial impacto sobre a coletividade[193]. Como também conclui Julia Black esta regra de decisão busca canalizar de forma adequada os influxos da política sobre os dados técnicos e científicos disponíveis[194].

---

[193] A essa conclusão também chegou o professor Fernando Leal: LEAL, Fernando. A retórica doSupremo: precaução ou proibição? Plataforma Jota – STF, 2016 (Último acesso em 16.09.2020).

[194] BLACK, Julia. Op.Cit., 2010, p.321.

Diante da necessidade de concretização dessa regra de decisão, o Conselho da União Europeia estabeleceu a comissão do princípio da precaução, em que foi elaborada a Comunicação COM/2000/01. O documento foi produzido em fevereiro do ano 2000, porém ainda se encontra em vigor e propõe parâmetros que foram, inclusive, citados no voto do Ministro Relator Dias Toffoli, no julgamento do Recurso Extraordinário nº627.189. De início, a diretiva reconhece expressamente que o princípio é um componente de gestão de riscos. Após, afirma que a decisão de atuar ou não no gerenciamento dos riscos é de natureza política, mas estará sempre submetida à avaliação dos dados científicos e técnicos disponíveis. Em seguida, nos casos em que prevaleça a decisão política de intervenção estatal, são propostas balizas objetivas de atuação.

As medidas administrativas devem ser proporcionais ao nível de proteção adotado. Além disso, devem ser aplicadas indistintamente e de modo coerente com as medidas semelhantes já utilizadas, em respeito ao dever de não-discriminação. A inversão do ônus da prova também prevalece na União Europeia, competindo ao interessado demonstrar o atendimento do requisito da segurança nas atividades que o Estado classificar como de alto risco. Há, ainda, dever permanente de reavaliação da classificação adotada pelo Estado, a ser materializado a partir de dados e elementos técnico-científicos fornecidos pelos interessados, os quais poderão indicar necessidade de revisão ou de manutenção da estratégia adotada.

As diretrizes estabelecidas pela União Europeia são apenas parâmetros que podem fornecer *insights* relevantes para a realidade brasileira. De todo modo, o ponto central deste tópico é justamente reconhecer no princípio da precaução a natureza de regra de decisão em cenários de incerteza. O seu objetivo é promover o equilíbrio harmônico e dinâmico entre dois elementos em conflito aparente no âmbito do direito administrativo do risco: erro e inovação. A partir da perspectiva de Fernando Leal sobre a precaução, é possível perseguir o balanceamento das respostas possíveis aos problemas postos, com a filtragem daquelas em que há grave insuficiência da proteção aos cidadãos, sob o prisma negativo do princípio da proporcionalidade.

Contudo, a falta de sistematização do conteúdo da precaução pelo Poder Judiciário denota a urgente necessidade do debate acadêmico a este respeito, de modo a estabelecer balizas aos estudiosos do direito administrativo. De um lado, a alternativa da proibição, embora mais reconfortante diante da análise de riscos, paralisa e transforma o Estado em um entrave aos avanços do experimentalismo e da inovação. De outro lado, a postura amplamente permissiva em cenários de incerteza aumenta a chance de erros evitáveis e, no limite, de

catástrofes, contribuindo para a propagação de ideia equivocada de que o Estado, tal como pensado, estaria em crise e precisaria ser substituído.

Como bem manifestado pelo ministro Luís Roberto Barroso, no paradigmático julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.054.110/SP, este é o desafio do Estado – e do direito administrativo – no século XXI e *não se deve tentar aparar o vento com as mãos*. É evidente que, em situações excepcionais, a proibição pode ser a única medida administrativa viável à luz dos conhecimentos técnicos e científicos disponíveis. Cabe, porém, ao gestor público criar processos decisórios em que as alternativas possíveis sejam efetivamente discutidas pelos *experts* e pelos leigos. Daí se extrai a relevância da noção de precaução como regra de decisão diante de cenários de incerteza, como defende Fernando Leal. Os capítulos que se seguem pretendem justamente aprofundar o seu conteúdo, apresentando os atores e os mecanismos que proporcionarão o adequado gerenciamento de riscos pelo Estado.

Para tanto, aposta-se em processo de releitura de dois princípios caros ao Estado Moderno, a saber, a segurança jurídica e a eficiência, o qual avançará para atender às transformações impostas pela "sociedade de riscos mundial" no século XXI. Aliás, referido processo já vem ocorrendo no direito administrativo: é sintomático que a lei federal nº 13.655/2018, ao alterar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para incluir disposições relativas à criação e aplicação do direito público, tenha feito referência, em seu preâmbulo e em sua exposição de motivos, expressa e exclusivamente, aos princípios da segurança jurídica e da eficiência.

Nesse ponto, reforça a premissa deste trabalho de que estes princípios passam por processo de ressignificação – também em razão da nova disciplina dos "riscos" –, ao menos na perspectiva do direito administrativo. Diante desse processo de releitura, corroborado pela edição da lei federal nº 13.655/2018, seria possível extrair ferramentas essenciais ao gerenciamento adequado de problemas que envolvam cenários de incerteza técnico-científica. O terceiro e o quarto capítulos, portanto, serão reservados ao estudo dessas ferramentas que, acredita-se, podem ser extraídas dos princípios da eficiência e da segurança jurídica, respectivamente.

Ressalva-se, desde logo, que a pretensão do trabalho não é a de esgotar o conteúdo hermenêutico destes princípios, mas apenas de identificar suas novas facetas que irão impactar a disciplina do direito administrativo do risco, de modo a permitir que o Estado continue a responder às necessidades contemporâneas mesmo em cenários de incerteza técnico-científica. A rigor, será apresentada proposta de leitura da segurança jurídica e da eficiência mais consentânea com a disciplina dos riscos, enunciando ferramentas que

permitam testar a hipótese de que o direito público permanece capaz de atender aos anseios da sociedade contemporânea.

3 DIREITO ADMINISTRATIVO DO RISCO E OS SEUS IMPACTOS SOBRE O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

> *"A verdade é que nós não sabemos. Estamos operando em uma área de enorme incerteza científica. Estamos operando com substâncias que assustam terrivelmente a opinião pública. Se o que eles querem são informações absolutas, não podemos dar a eles"*
> (WILLIAM RUCKELSHAUS, PRIMEIRO PRESIDENTE DA EPA – AGÊNCIA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DOS ESTADOS UNIDOS – Tradução livre)[195].

3.1 O princípio da eficiência e seus novos caminhos

Ao se debruçar sobre o conteúdo hermenêutico do princípio da eficiência no direito administrativo, Fernando Leal apontou que a sua concepção mais difundida na doutrina e na jurisprudência dos tribunais superiores pátrios é vinculada à ideia de economicidade e "impõe ao administrador o dever indeclinável de buscar a melhor combinação de inputs a menor custo"[196]. O autor registra, ainda, a associação corriqueira da eficiência com construções que privilegiam o resultado ótimo ou, ao menos, satisfatório da decisão administrativa segundo a lógica do custo-benefício.

No Brasil, este princípio foi inserido, por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, no rol de vetores hermenêuticos que informam a Administração Pública, previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. A bem da verdade, como também aponta Fernando Leal, a noção de eficiência já permeava o texto constitucional antes mesmo de sua reforma, conforme se extrai da redação dos artigos 74, inciso II e 144, §7º, da Constituição Federal de 1988[197]. De todo modo, o contexto político subjacente à reforma era o de tentativa de concretização de uma administração pública gerencial, atenta aos valores de boa governança e de *compliance* típicos do mundo corporativo.

Nessa perspectiva, Jacques Chevalier identifica paralelo semelhante na construção histórica do ingresso deste parâmetro no direito administrativo comparado. Segundo o autor, de modo gradual, a legitimidade democrática sacralizada pelo voto e pela fluida noção de

---

[195] "The truth is we don"t know. We"re operating in an area of enourmous scientific uncertainty. We are operating with substances that the public is terribly afraid of. If they want absolute information, we can"t give it to them." (Quoting the Dallas Morning News, Jan. 8, 1984, quoting EPA administrator William D. Ruckelshaus *Apud* BREYER, Stephen. Breaking the vicious circle – towards effective risk regulation. Cambridge, United States: Harvard University Press, 1993, p.49).

[196] LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. Revista eletrônica de direito administrativo econômico – REDAE, n.15, 2008, p.04.

[197] LEAL, Fernando. Ibidem, 2008, p.02.

interesse público foi sendo substituída por uma legitimidade comprovada a partir da eficiência[198]. Assim, houve o fortalecimento do ideal de que um Estado legítimo é um Estado eficiente, que emprega bem os recursos materiais e humanos, atingindo sempre a solução ótima. A solução ótima, por sua vez, somente pode ser atestada a partir do primado do paradigma científico e do protagonismo dos *experts*.

Não há dúvida de que a eficiência insere no debate do direito público parâmetros de análise econômica do direito e de pragmatismo, permitindo "juridicizar considerações práticas"[199]. Contudo, como bem aponta Fernando Leal, a origem da noção de eficiência é a ciência econômica, que até hoje possui vivo debate acerca de seus contornos. A despeito da ausência de consenso de seus limites pelas ciências econômicas, o Estado Moderno, na perspectiva tradicional do direito administrativo, sempre baseou a ideia de eficiência em dois pilares centrais que precisam ser revisitados a partir da perspectiva do "risco" defendida ao longo deste trabalho: a aversão ao erro administrativo e o insulamento técnico das decisões mais complexas.

Assim, na perspectiva clássica, qualquer orientação dos gestores públicos que não levasse à solução ótima deveria ser tratada como expressão de atraso, de improbidade e, em situações mais radicais, até mesmo de crime[200]. Além disso, decisões de natureza técnica deveriam ser elaboradas exclusivamente por *experts*, que apresentariam sempre a única resposta correta para a solução de problemas enfrentados pela coletividade. A abertura à participação social seria sinônimo de ineficiência, com aumento de custos materiais e humanos e do próprio tempo de duração do processo de tomada de decisão. Esta perspectiva, apesar de ainda muito difundida, não mais resiste aos influxos do direito administrativo do risco.

Como antecipa Jacques Chevalier, ao comentar mecanismos de participação social em matérias controversas, a saber, organismos geneticamente modificados, aquecimento global e crise hídrica, "sobre questões sensíveis, atinentes aos riscos científicos e tecnológicos, a opinião do público é requisito anterior à adoção de qualquer dispositivo normativo"[201]. Aqui,

---

198 "Por um lado, o Estado, ao se imiscuir diretamente no jogo social, descendo na arena, perdeu o privilégio da transcendência: a legitimidade não é mais adquirida de pleno direito, mas depende da pertinência das ações engajadas; a instrumentalização crescente de um direito, concebido na era do Estado-Providência como um meio de ação a serviço do Estado, não o coloca mais integralmente na ordem do "racional". A racionalidade do direito não é mais presumida: a partir de agora, a norma passa pelo crivo da eficiência, que se torna condição e a garantia de sua legitimidade." (CHEVALIER, Op.Cit., p.122).

199 LEAL, Fernando. Op.Cit., p.03.

200 DIONISIO, Pedro de Hollanda. Op.Cit., p.28.

201 CHEVALIER, Jacques. Op.Cit., p.165.

novamente, Orly Lobel dá *insights* proveitosos, a partir de sua proposta de *Renew Deal*, que tem o mérito de promover as adaptações necessárias ao paradigma vigente, sem abandoná-lo. No regime da nova governança defendido pela autora, o princípio da eficiência econômica possui papel catalisador do experimentalismo na Administração Pública e não deve ser estudado como em potencial conflito com a ideia de participação social[202].

Nesse contexto, Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, em trecho de trabalho citado pela exposição de motivos da lei federal nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, apontam, dentre os fatores de distorção do processo de tomada de decisão administrativa contemporânea – vinculados à ideia de eficiência aqui discutida –, a relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma; a tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas; e o modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública[203].

A superação desses fatores de distorção passa, necessariamente, por ajustes ao conteúdo do princípio da eficiência, que foram promovidos pela lei federal nº 13.655/2018 e que serão expostos adiante, na perspectiva do direito administrativo do risco. Este capítulo se debruçará, pois, em demonstrar os impactos do atual contexto da "sociedade de riscos mundial" de Ulrich Beck sobre a interpretação e o alcance da eficiência, reforçando que, sob estímulos corretos, o direito administrativo pode continuar a fornecer as respostas que a realidade impõe. Para tanto, passa a ser necessário conviver de forma mais natural com os erros na gestão pública e estreitar o dilema entre a eficiência técnico-científica e os influxos democráticos da *accountability*.

Antes, porém, uma nota explicativa: a intenção do trabalho não é propriamente apresentar todas as nuances em torno do princípio da eficiência no século XXI. Para o professor Fernando Leal, seu conteúdo seria reconduzido à análise da proporcionalidade, especialmente em seus subprincípios da adequação e da necessidade[204]. O mais importante, no entanto, é perceber que qualquer concepção de eficiência que venha a ser adotada pelos estudiosos do direito administrativo não poderá prescindir de análise multidimensional e inclusiva das normas jurídicas.

---

[202] "Uma promessa chave do Renew Deal é sua explícita sugestão de que a eficiência econômica e a legitimidade democrática podem, sob certas condições, apontar na mesma direção" (LOBEL, Orly.Op.Cit., p.363 – Tradução livre).

[203] SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Contratações Públicas e seu Controle. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 278.

[204] LEAL, Fernando. Op.Cit., 2008, p.21.

3.2 A introdução de parâmetros normativos do erro administrativo legítimo

Conforme antecipado no segundo capítulo, a compreensão do espaço de erro legítimo do gestor público é parte necessária do estudo do direito do administrativo do risco, porque permite diferenciar o erro de outros institutos, como improbidade, falhas regulatórias, desonestidade e captura. A partir disso, torna-se viável incentivar a inovação com a parametrização de graus de tolerabilidade do erro administrativo que não mais se confundiriam com a noção difundida de ineficiência. Neste tópico, portanto, busca-se alinhavar os critérios doutrinários e normativos que divisam o erro legítimo do ilegítimo.

Em sede doutrinária, Pedro Dionísio enuncia proposta de conceito de erro como "uma desconformidade não intencional entre a percepção do administrador público acerca dos motivos que basearam sua atuação e a realidade fática ou jurídica"[205]. A partir dessa noção, defende que o erro pode ser de fato ou de direito. O erro de fato estaria configurado quando as circunstâncias da realidade não se confirmarem da forma como inicialmente pensada, ao passo que o erro de direito se daria em situações de equivocada interpretação das normas jurídicas existentes. O direito administrativo do risco comporta ambas as espécies, mas as situações em que suas ferramentas são utilizadas com mais frequência ocorrem na hipótese do erro de fato, quando a realidade apresenta cenários de incerteza técnico-científica elevada.

A doutrina, antes mesmo de qualquer reforma legislativa, já discutia os limites da teoria da culpabilidade para controle e tratamento de escolhas administrativas em cenários de incerteza, introduzindo a disciplina do "risco" ao direito público. O professor Rodrigo Mascarenhas[206] apresenta balizas importantes para verificação de erros administrativos "lícitos" na disciplina de situações de grave incerteza. À luz do ordenamento jurídico português, acentuava duas variáveis a serem observadas: temporal e informacional. O aspecto temporal é relacionado ao tempo disponível para tomada de decisão pelo gestor público, ao passo que o aspecto informacional tem que ver com a quantidade e a qualidade de dados face ao desenvolvimento tecnológico e aos recursos financeiros disponíveis.

Quanto ao aspecto informacional, o professor destaca a relevância de quatro tipos distintos de informação para identificar o espaço legítimo do erro: (i) a possibilidade efetiva de estimar a probabilidade do dano; (ii) a probabilidade em si matematicamente apresentada; (iii) a dimensão e a qualidade do dano potencial ou verificado; e (iv) a quantidade e

---

[205] DIONISIO, Pedro de Hollanda. Op.Cit., p.66.
[206] MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Op.Cit., pp. 89-113.

características das pessoas e bens expostos ao referido dano. Segundo o autor, as decisões administrativas deveriam levar todos esses aspectos de natureza temporal e informacional em consideração e, eventualmente, prever modulações ou deveres especiais. Os graus de culpabilidade, pois, variariam de acordo com a análise da satisfação desses requisitos. À falta de intermediação legislativa, o modelo português seria aplicável no Brasil com base no princípio da proporcionalidade.

Conforme será demonstrado, porém, o ordenamento jurídico brasileiro avançou desde a publicação desses parâmetros pela doutrina e, em diplomas legislativos recentes, passou a contemplar espécies de erro administrativo legítimo. De um lado, a lei federal nº 10.973/04, alterada pela lei federal nº 13.243/16, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, positivou pela primeira vez a proteção jurídica ao erro, de matriz contratual. De outro lado, a lei federal nº 13.655/18, ao estabelecer disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, estampou a chamada cláusula geral do erro administrativo. Passemos à análise de cada uma delas.

3.2.1 A contratualização do erro administrativo: o advento da Lei de Inovação

No primeiro capítulo deste trabalho, destacou-se que a disciplina dos riscos já havia sido incorporada ao direito administrativo contratual, em virtude de sua sinergia com o direito privado. De fato, a noção de matriz de riscos, positivada pela primeira vez no artigo 5º, inciso III, da lei federal nº 11.079/04, introduziu a percepção de que contratos administrativos, como qualquer outro ajuste de vontades, são destinados à repartição eficiente dos riscos. A alocação desses riscos pode ser exclusiva ou compartilhada entre as partes e depende da avaliação criteriosa das obrigações envolvidas, de sua natureza, da capacidade de gerenciamento e dos potenciais beneficiários das prestações.

A avaliação positiva de seus impactos sobre contratos de concessão patrocinada e administrativa, em parcerias público-privadas, fez com que a cláusula fosse estendida a outras espécies contratuais. Inicialmente, por meio do artigo 42, inciso X, da lei federal nº 13.303/16, o regime jurídico das empresas estatais passou a contar com essa ferramenta positivada. Porém, foi com o advento da lei federal nº 14.133/21 que finalmente a matriz de riscos permeou todas as espécies de contratação pública. A importância da adoção indistinta desta cláusula de riscos já era percebida por Fernando Dias Menezes de Almeida, para quem o Brasil havia adotado na lei federal nº 8.666/93 concepção desvirtuada do modelo francês de

contrato administrativo, porque focada excessivamente em suas prerrogativas e na teoria das áleas[207].

A classificação de módulos convencionais proposta por Fernando Dias Menezes de Almeida, que expande as espécies de acordo de vontade com a Administração Pública, é parte relevante do debate da contratualização da inovação[208]. Como apontado por Rodrigo Pombo, os módulos convencionais de cooperação, de concessão, instrumental e substitutivo de decisão unilateral do Estado indicam aumento da complexidade de ajustes de vontade e a necessidade de substituição de institutos clássicos da contratação pública, como a teoria das áleas. Nesse sentido, a generalização da ideia de matriz de riscos parece salutar para promoção de incentivos à inovação. Logo em seu artigo 6º, inciso XXVII, a lei federal nº 14.133/21[209] apresenta diferenciação importante para este trabalho: os impactos, na repartição convencional de riscos, da inovação em obrigações de meio e da inovação em obrigações de resultado.

De um lado, nas obrigações de resultado, a lei permite que frações do objeto sejam submetidas à liberdade do contratado para que inove em soluções metodológicas ou tecnológicas apostas no projeto. De outro lado, nas obrigações de meio, a premissa legal adotada é inversa: presume-se que haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, podendo o pacto restringir pontualmente esses espaços. A razão do discrímen decorre da própria natureza das duas modalidades de obrigações. Enquanto as obrigações de resultado exigem do contratado que a finalidade pactuada seja alcançada efetivamente, nas obrigações de meio apenas é possível exigir que sejam envidados os esforços necessários para obtenção da finalidade almejada. Por essa razão, o legislador deduz no conceito normativo de matriz de riscos a importante correlação entre obrigação de meio, experimentalismo e maior tolerância ao erro.

Essa distinção, contudo, vem sendo desenvolvida desde o advento da lei federal nº 10.973/04, marco legal da inovação no Brasil. De fato, a referida lei observou que o fomento do Estado à inovação passaria por seu financiamento com recursos públicos, mas também

---

[207] Em evento organizado pela Fundação Arcadas da Universidade de São Paulo, intitulado "O impacto da pandemia no setor de infraestrutura e o pós-covid", sob a coordenação de Floriano de Azevedo Marques Neto, de Marcos Augusto Perez e de Júlio César Bueno, no dia 28.04.2020, o professor Fernando Dias Menezes de Almeida demonstrou, historicamente, a fragilidade da teoria das áleas. Crítica semelhante pode ser encontrada em: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

[208] POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Op.Cit., pp.37-64.

[209] Apesar do enfoque na análise do artigo 6º, inciso XXVII, em decorrência do recorte deste trabalho, é digno de nota que a lei federal nº 14.133/21 ainda regulamenta a matriz de risco em outros dispositivos, notadamente nos artigos 22, 92, inciso IX, 103 e 133, inciso IV.

pelo compartilhamento da incerteza técnica dos projetos com a iniciativa privada. Assim, tendo em vista que o contrato é o meio por excelência de alocação de riscos e que o investimento em inovação reflete notadamente obrigações de meio, pretendeu-se constituir módulos contratuais que viabilizassem juridicamente o gerenciamento das incertezas. Rodrigo Pombo aponta, nesse sentido, que a lei federal nº 10.973/04 foi uma dos primeiros diplomas normativos a excepcionar o regime jurídico geral introduzido pela lei federal nº 8.666/93, justamente com a pretensão de estabelecer repartição de riscos apropriada à catalisação de inovação[210].

Além disso, destaca o autor que a referida lei, especialmente após as alterações promovidas pela lei federal nº 13.243/16, configura instrumento de fomento, sistematiza mecanismos de incentivo à inovação e possui caráter multidisciplinar[211]. A lei tenta, assim, dialogar com os gargalos de natureza jurídico-institucionais, que Diogo Coutinho e Pedro Mouallem dividem em quatro grandes "famílias": (i) gargalos de coordenação;

(ii) gargalos de sinergia nas relações público-privadas; (iii) gargalos de aprendizado e experimentação na política; e (iv) gargalos de seletividade política. Os autores então reconhecem que "algumas demandas privadas foram mais recentemente atendidas pelo novo marco Legal da Inovação, que ampliou, explicitamente, a possibilidade de dispêndio de recursos tanto para despesas correntes, quanto para despesas de capital"[212].

De fato, a disciplina geral de prestação de contas em virtude do uso de recursos públicos em programas de inovação sofreu alterações com o advento da lei federal nº 13.243/16 e do decreto federal nº 9.283/18. Ambos os diplomas vão ao encontro da naturalização do erro como parte do processo criativo, a partir da flexibilização de metas e da convivência com mudanças até a fase de conclusão do projeto. Os artigos 9º- A, §2º e 27-A da lei federal nº10.973/04 delegam o tratamento da matéria ao regulamento. O decreto federal nº 9.283/18, por sua vez, expressamente admite que metas não atingidas em razão do risco tecnológico inerente ao objeto, desde que fundamentadas e aceitas pelo poder concedente, não geram dever de ressarcimento (artigo 48).

Além disso, admitem-se ajustes e revisão do cronograma, das metas e de indicadores de desempenho no curso da execução do plano de trabalho, o que deve ser levado em consideração no momento da prestação de contas (artigo 58, §1º). O decreto autoriza até

---

[210] POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Op.Cit., p.38.
[211] POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Op.Cit., p.38.
[212] COUTINHO, Diogo R; MOUALLEM, Pedro Salomon B. Um direito para a inovação: óbices jurídicose institucionais à inovação no Brasil a partir da noção de "famílias" de gargalos jurídico-institucionais. Plataforma Jota – Inova & Ação, 2018 (Último acesso em 28.04.2021).

mesmo a aprovação do projeto ainda que os resultados obtidos sejam diversos daqueles almejados em função do risco tecnológico ou das incertezas intrínsecas à atividade, afastando, também neste caso, qualquer dever de ressarcimento (artigo 58, §6º). Assim, nos casos em que as metas pactuadas não forem atingidas, o decreto federal admite que a autoridade pública reconheça a regularidade da prestação de contas quando o não atingimento de metas se der em razão do risco tecnológico (artigo 60, inciso I).

Todas essas regras caracterizam o fenômeno da contratualização do erro[213], utilizando os módulos convencionais previstos em lei para criar modelagem de alocação de riscos que fomente a pretendida inovação. Nesse sentido, Rodrigo Pombo apresenta interessante recorte dos mecanismos contratuais disponibilizados pela Lei de Inovação, alertando a possibilidade de escolha e de combinação entre eles[214]. O foco de seu trabalho é na transferência de tecnologia, no acordo de parceria, e na encomenda tecnológica.

O contrato de transferência de tecnologia é disciplinado pelo artigo 6º, da lei federal nº 10.973/04 e configura negócio jurídico em que o objeto pactuado é a remessa de bens imateriais, transvestidos de conhecimento técnico específico, protegidos ou não pela legislação de propriedade intelectual. Nesse caso, parceiros privados adquirem, junto à Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT), *know how* e as respectivas técnicas já desenvolvidas, eliminando o componente da incerteza. Por essa razão, prevalece aqui a obrigação de resultado, com a possibilidade de o setor produtivo converter os substratos da pesquisa pública em inovação[215].

A despeito da relevância da modalidade contratual anterior, é no acordo de parceria e na encomenda tecnológica que o direito administrativo do risco encontra exemplos de ferramentas que privilegiam a tutela do erro legítimo. Em ambos os casos, há relação sinérgica entre público e privado na construção de soluções inovadoras. As obrigações contratuais são, em sua maior parte, de meio, voltadas à reunião de esforços para obtenção da finalidade almejada, reduzindo os elevados custos da incerteza e viabilizando o experimentalismo. Por essa razão, Marçal Justen Filho reconhece que em contratações dessa

---

[213] A perspectiva não escapa à análise de Rodrigo Pombo: "Outro ponto essencial é que a inviabilidade técnica ou econômica, em regra, não envolverá a culpa do contratado. Em geral, nesses casos, a inviabilidade traduzirá a verificação dos riscos e incertezas existentes. Logo, não se cogita imputar culpa ou penalizar o contratado." (POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Op.Cit., p.194).

[214] A lei federal nº 13.243/16 foi explícita quanto a esta possibilidade ao introduzir o §7º ao artigo 19, da lei federal nº 10.973/04, que assim dispõe: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão utilizar mais de um instrumento de estímulo à inovação a fim de conferir efetividade aos programas de inovação em empresas".

[215] Para estudo mais aprofundado desta modalidade contratual e de seus contornos específicos, ver: POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Op.Cit., pp.65-95.

natureza "os gastos poderão produzir resultados concretos, mas também poderão conduzir a frustrações"[216]. Nas palavras do professor Paulo Todescan Lessa Mattos, o Estado passa à posição de tomador de risco[217].

De um lado, o acordo de parceria é regulamentado pelo artigo 9º, da lei federal nº 10.973/04 e possui natureza jurídica de convênio, com o compartilhamento de riscos tecnológicos de forma cooperativa entre as partes pública e privada, mantida a autonomia entre elas. O plano de trabalho deverá destacar as metas, considerados os riscos inerentes aos projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação. A regulamentação também admite maior abertura para correção de objetivos e adaptação de cenários, o que, nas palavras de Rodrigo Pombo, "traduz um processo de aprendizado, cujo sucesso depende de atuação afinada entre os envolvidos, com grandes doses de diálogo e de consenso"[218]. A alocação do chamado "risco tecnológico" entre as partes admite que erros de projeto não sejam penalizados contratualmente nem se equiparem a atos de improbidade administrativa.

De outro lado, a encomenda tecnológica é prevista no artigo 20, da lei federal nº 10.973/04 e consiste em instrumento por meio do qual o Estado, em matéria de interesse público, contrata entidade de reconhecida capacitação tecnológica, visando à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador. Trata-se, como bem sintetiza Rodrigo Pombo[219], de ferramenta com duas características essenciais. Em primeiro lugar, destaca o seu caráter *mission-oriented*, em que a própria Administração Pública elege problemas socioeconômicos a serem solucionados prioritariamente pela iniciativa privada. Ainda, merece atenção o seu caráter flexível, assegurado a partir da utilização da ferramenta contratual como forma de pulverização dos riscos envolvidos para todas as partes envolvidas na avença.

A política pública *mission-oriented* de inovação já foi descrita no capítulo anterior e confere ao Estado o protagonismo na escolha dos projetos a serem experimentados pelo mercado, para solucionar problemas complexos enfrentados pela sociedade. É, pois, uma das facetas do Estado Empreendedor defendido pela professora Mariana Mazzucato. Desse modo, extrai-se da sua essência a naturalização de erros ao longo do processo, o que permite análise

---

[216] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 13ª Ed., 2018, p.479.

[217] MATTOS, Paulo Todescan Lessa. O sistema jurídico-institucional de investimentos público-privados em inovação no Brasil. Belo Horizonte: Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Ano 7, n.28, out.-dez.2009 Apud POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Op.Cit.

[218] POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Op.Cit., p.108.

[219] POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Op.Cit., p.125.

da curva de aprendizado, em absoluta harmonia com a disciplina do direito administrativo do risco. Diogo Coutinho e Gabriel Dantas destacam, pois, que "o Estado tem um papel mais direcionador, ficando responsável não apenas pelo financiamento, mas também pela definição do próprio objeto encomendado"[220].

A encomenda tecnológica funciona também como importante mecanismo de contratualização do erro. Rodrigo Pombo destaca que a viabilidade de muitos projetos somente é possível em razão do arquétipo contratual adotado por este regime, que confere maior segurança ao contratado quanto aos riscos assumidos, bem como maior controle do Estado sobre o resultado pretendido[221]. A despeito de sua relevância, o instrumento – o que, aliás, acomete a lei federal nº 10.973/04 como um todo – vem sendo explorado de forma tímida[222]. Ainda assim, Diogo Coutinho e Gabriel Dantas destacam que a sua evolução normativa no Brasil reflete exemplo de aprendizado de engenharia jurídica e institucional voltado a política pública de inovação.

A conclusão parece acertada quando se debruça sobre a jurisprudência do Tribunal de Contas da União acerca da matéria. De fato, o avanço normativo da contratualização do erro administrativo, com a alocação equilibrada dos riscos da inovação entre entes públicos e privados, vem impactando a compreensão tradicional da corte de contas, que admite as particularidades desta seara. No ano de 2021, há dois casos que bem ilustram o processo de naturalização do erro em cenários de incerteza técnico-científica, apto a atrair a disciplina do direito administrativo do risco. O primeiro[223] envolve o uso de recursos públicos para o fomento de novas tecnologias por meio de contrato de concessão de subvenção econômica, instrumento de estímulo à inovação nas empresas previsto expressamente no artigo 19, §2º-A, inciso I da lei federal nº 10.973/04.

Após a assinatura do contrato e do repasse de verbas para projeto que pretendia controle dinâmico de imagem em câmera digital de alta resolução, os estudos preliminares apontaram no sentido de sua inviabilidade técnica. A empresa contratada justificou que seria

---

[220] COUTINHO, Diogo R.; MAIA, Gabriel Dantas. Aprendizado e experimentação em inovação: o casodas encomendas tecnológicas. Plataforma Jota – Inova & Ação, 2018 (Último acesso em 10.12.2020).

[221] POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Op.Cit., p.130.

[222] Diogo Coutinho e Gabriel Dantas revelam que até o ano de 2015 apenas 51 contratos de encomenda tecnológica haviam sido firmados no Brasil. Exemplos paradigmáticos são o desenvolvimento de vacinas para a dengue, Zika e, mais recentemente, o novo coronavírus (Covid-19).

[223] A tese foi resumida no boletim de jurisprudência nº 342 nos seguintes termos: "Em contratos de concessão de subvenção econômica para o desenvolvimento de novos produtos, se os estudos preliminares concluírem pela inviabilidade do produto almejado, as despesas incorridas nessa etapa não configuram dano ao erário, uma vez que o objetivo desses estudos é justamente avaliar a viabilidade técnica do projeto e assim evitar que mais recursos públicos sejam dispendidos sem que se obtenha o retorno desejado". (Acórdão 18/2021, Primeira Câmara, Ministro Relator Vital do Rêgo, julgado em 26.01.2021).

impossível processar o volume de dados envolvidos no projeto à luz do nível tecnológico existente no país. Diante disso, foi instaurada Tomada de Contas Especial para devolução dos valores já dispendidos com o projeto até aquele momento, com o objetivo de evitar suposto dano ao Erário. A equipe técnica do Tribunal de Contas da União destacou, nesse contexto, que "a execução parcial de objetos de convênios em que reste consignada a imprestabilidade do que edificado para o atingimento da meta ajustada implica débito em valor integral".

Contudo, o Ministro Relator Vital do Rêgo fez importante distinção do módulo contratual adotado no caso concreto – subvenção econômica – em relação aos precedentes invocados em matéria ordinária de convênios. Segundo o voto do relator, acompanhado pelos demais ministros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas da União, projetos de desenvolvimento de nova tecnologia demandam desejável etapa preliminar de estudos de viabilidade, sendo certo que "nem sempre o produto pensado se mostrará viável". Ainda de acordo com o relator, a constatação da inviabilidade e a interrupção imediata do projeto não podem ser classificadas como dano ao Erário ou aplicação indevida dos recursos até então investidos pelo ente público federal.

Em síntese, enquanto nos convênios "os objetos acordados são previsíveis e sabidamente viáveis", no contrato de concessão de subvenção econômica "pretende-se desenvolver um objeto ou uma tecnologia, mas não se tem a certeza de que será viável". Com isso, os custos com a etapa de estudos preliminares, antes de representar qualquer ato ilícito, configuram medida que visa a evitar desperdício futuro de recursos públicos. Com base nesses fundamentos, o ministro relator afastou o dever de repetição dos valores comprovadamente utilizados no desenvolvimento da etapa preliminar. O caso concreto, pois, traduziu exemplo exitoso de contratualização do erro e alocação eficiente de riscos decorrentes de obrigação de meio, qual seja, desenvolvimento de nova tecnologia, inibindo controle acrítico pelo Tribunal de Contas da União.

O segundo caso[224], por seu turno, está relacionado à aquisição de vacina para enfrentamento da pandemia do novo coronavírus, autorizada pelas leis federais nº 14.121/21 e

[224] A tese foi resumida no boletim de jurisprudência nº 348 nos seguintes termos: "A partir da ampliação da autonomia contratual concedida pelas leis 14.121/21 e 14.124/21, considerando os riscos ainda desconhecidos e o grande desequilíbrio entre a situação de oferta e demanda, não há óbice jurídico a que a União, desde que a condição esteja sendo praticada nos negócios firmados com os diversos países e seja requisito intransponível para a aquisição do produto, ressalvados os casos de dolo ou culpa grave do fornecedor e situações de ofensa à ordem pública: i) aceite eventual cláusula limitadora de responsabilidade contratual de empresa fornecedora; ii) pactue a limitação ou a exoneração da empresa fornecedora quanto ao dever de indenizar os cidadãos em razão de danos causados pelas vacinas, de modoque a obrigação pelo pagamento seja assumida, total ou parcialmente, pelo Poder Público". (Acórdão 534/2021, Plenário, Ministro Relator Benjamin Zymler, julgado em 17.03.2021).

14.124/21. A lei federal nº 14.121/21 admite a adesão às regras da Aliança Gavi no âmbito do programa Covax Facility, apoiado pela Organização Mundial de Saúde, ao passo que a lei federal nº 14.124/21 flexibiliza o grau de aceitação das cláusulas impostas pelo fornecedor de vacinas como condição à conclusão do negócio. Ambos os diplomas normativos, portanto, estão inseridos no contexto da contratualização do erro, diante do cenário de elevada incerteza em torno da imunização da população, afeto ao tema do direito administrativo do risco.

O Tribunal de Contas da União, em sua composição plenária, respondeu à consulta sobre os limites da capacidade negocial do Poder Executivo em contratações relacionadas à vacinação na pandemia da Covid-19, formulada pelo Ministério da Saúde. O ministro relator Benjamin Zymler ponderou que a legislação atribuiu maior grau de autonomia contratual ao governo federal justamente "considerando os riscos ainda desconhecidos e o grande desequilíbrio entre a situação de oferta e demanda". Nesse contexto, foi reconhecida a possibilidade de que as autoridades aceitem eventual cláusula limitadora de responsabilidade contratual, bem como que pactuem limitação ou exoneração quanto ao dever de indenizar os cidadãos em razão de danos causados pelas vacinas. No limite, é admitida a possibilidade de que o Estado assuma a responsabilidade pela indenização[225].

Nesse ponto, o acórdão reafirma importantes ponderações, já apresentadas neste capítulo, para a seara do direito administrativo do risco. Em suas linhas, é afirmado que em cenários de incerteza técnico-científica, a reconfiguração convencional da extensão das responsabilidades das partes, a fim de obter um melhor gerenciamento dos riscos, bem como maior previsibilidade em relação aos custos é essencial para a criação de incentivos efetivos à inovação. A decisão reconhece o contexto da crise da pandemia do novo coronavírus, que admitiria a assunção de "maior risco tecnológico" pelo Estado e pela sociedade no desenvolvimento de insumos farmacêuticos. Assim, conclui o voto, "esse rearranjo na distribuição de riscos pode ser circunstancialmente fundamental à própria viabilização do negócio jurídico".

O ministro relator Benjamin Zymler apresenta apenas duas ressalvas: casos em que haja afronta à ordem pública e em que seja comprovado dolo ou culpa grave na atuação das empresas fornecedoras dos imunizantes. Quanto à primeira ressalva, alude ao seu caráter excepcionalíssimo, à luz do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e

---

[225] A possibilidade de assunção da responsabilidade civil pelo Estado por eventual evento adverso após a vacinação contra o novo coronavírus foi, posteriormente, positivada por meio da lei federal nº 14.125/21. Logo em seu artigo 1º, caput, a lei autoriza à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios "adquirir vacinas e a assumir os riscos referentes à responsabilidade civil, nos termos do instrumento de aquisição ou fornecimento de vacinas celebrado".

afirma que “é difícil imaginar, a priori, que essa antinomia possa ocorrer na prática, já que a Aliança Gavi tem o nobre objetivo de desenvolver e distribuir vacinas contra a Covid-19 seguras e eficazes”. Por outro lado, no que se refere à segunda ressalva, entende-se justamente que ela vai ao encontro do que vem sendo defendido neste trabalho: a avaliação do elemento subjetivo é essencial para divisar o espaço legítimo do erro no processo criativo e o espaço ilegítimo da desonestidade.

Assim, à luz da noção de eficiência apropriada ao direito administrativo do risco, que persegue maior naturalização do erro na gestão pública, a contratualização e a matriz objetiva dos riscos passam a ser importantes ferramentas de fomento à inovação. Com efeito, a alocação mais eficiente de riscos promovida pela lei federal nº 10.973/04, que autoriza expressamente o compartilhamento mais adequado dos ônus decorrentes do cenário de incerteza técnico-científica entre as partes pública e privada, é exemplo de construção normativa que cria incentivos adequados para resolução de questões complexas no século XXI. Porém, além da exploração dos módulos convencionais de Fernando Dias Menezes de Almeida e das potencialidades do direito privado contratual, a literatura dos riscos, recentemente, passou a contar com cláusula normativa geral do erro legítimo no âmbito da Administração Pública.

A cláusula geral do erro administrativo e a reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

A evolução normativa em torno do erro administrativo alcançou novo patamar com a edição da lei federal nº 13.655/18, que introduziu à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro o seu artigo 28, o qual dispõe que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Conforme já destacado ao longo do trabalho, a lei federal nº 13.655/18 pretendeu inserir disposições que aperfeiçoassem o padrão de eficiência na criação e na aplicação do direito público. A escolha de modificação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não foi aleatória e demonstra o propósito legislativo de promover mudanças estruturais na interpretação do direito administrativo.

Nesse contexto, os professores Gustavo Binenbojm e André Cyrino[226] classificam o dispositivo como a cláusula geral do erro administrativo, que se prestaria à proteção do gestor

[226] BINEMBOJM, Gustavo; CYRINO, André. Op.Cit., 2018.

público e ao incentivo ao experimentalismo. Em linha com os pilares da adaptação permanente e do aprendizado institucional, a nova norma buscaria reduzir os impactos negativos do congelamento criativo[227] na gestão pública. Os professores Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Véras afirmam que o artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro corresponderia ao regime jurídico do administrador honesto, funcionando como antídoto ao fenômeno do "apagão das canetas"[228].

Por essa razão, em seu trabalho, Gustavo Binenbojm e André Cyrino defendem interpretação ampla da expressão "agente público"[229], abrangendo não somente servidores públicos estatutários, mas também empregados públicos, agentes políticos, ocupantes de cargo em comissão, e qualquer pessoa que exerça função pública. A racionalidade da norma contida no dispositivo demandaria, em suas palavras, "proteção do sujeito que lida com a coisa pública e corre os riscos típicos daí advindos". Ainda segundo os autores, essa leitura é a que mais se aproxima àquela adotada pelos órgãos de controle no que se refere ao alcance subjetivo da Lei de Improbidade Administrativa.

Em outras palavras, a lei federal nº 13.655/18 introduz de forma mais clara o falso dilema do controle, divisando o ambiente do erro legítimo daquele representado pela desonestidade e pela improbidade. Na esteira da construção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça descrita anteriormente, é positivado espaço legítimo do erro na gestão pública: apenas é possível a responsabilização em casos de "dolo" ou de "erro grosseiro". A indeterminação dos conceitos havia sido parcialmente solucionada pelo primeiro parágrafo do dispositivo legal, que, no entanto, foi vetado pela Presidência da República. Em suas razões, o chefe do Poder Executivo federal declinou que "a propositura atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica".

A despeito do veto, a própria doutrina reconhece a insubsistência jurídica de seus fundamentos e a sua ineficácia frente a entendimentos jurisprudenciais consolidados ou outras normas já editadas[230]. A redação do primeiro parágrafo do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em síntese, afastava a culpabilidade de decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou em

---

[227] TOSTA, André Ribeiro. Op.Cit., 2019, p.85.

[228] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Véras. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. Plataforma Consultor Jurídico – CONJUR, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador- honesto> Último acesso em: 10.04.2021.

[229] BINEMBOJM, Gustavo; CYRINO, André. Op.Cit., 2018, p.207.

[230] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Véras. Op.Cit., 2018.

interpretação razoável, mesmo que não viesse a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais. Em síntese, o dispositivo estava em absoluta consonância com a ideia de eficiência aqui defendida. Ao contrário das razões apostas ao veto presidencial, decisões administrativas discricionárias e pautadas na convicção dos gestores públicos são justamente um dos possíveis antídotos prestigiados pelo direito administrativo do risco e pela lei federal nº 13.655/18.

De todo modo, à luz da imprecisão dos termos "dolo" e "erro grosseiro", os estudiosos do direito administrativo vêm desenvolvendo balizas para sua concretização. Os professores Gustavo Binenbojm e André Cyrino afirmam que a caracterização do "dolo" exige a fraude intencional do agente público, ao passo que o "erro grosseiro" seria conceito jurídico indeterminado vinculado à negligência, à imperícia e à imprudência, quando em suas formas grave ou gravíssima. Os professores enquadram na zona de certeza positiva do "erro grosseiro" a aplicação de lei revogada ou a inobservância de prazo prescricional. Já no âmbito de incidência da zona de certeza negativa, mencionam justamente a hipótese da lei federal nº 13.655/18 que foi submetida ao veto presidencial: adoção de linha interpretativa doutrinária minoritária.

O decreto nº 9.830/19, que regulamentou a lei federal nº 13.655/18, também busca parametrizar de forma mais objetiva os conceitos de "dolo" e de "erro grosseiro". Logo em seu artigo 12, §1º aponta como grosseiro o erro "manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia". Em seguida, em seu artigo 12, §4º, traduz a complexidade da matéria como um dos critérios a serem ponderados, o que decerto inclui cenários de risco ou de incerteza elevada. O decreto arremata a questão ao positivar, em linha com o que se defende neste trabalho, em seu artigo 12, §8º, que esse padrão de atuação não guarda qualquer incompatibilidade com o próprio princípio da eficiência.

Essa é também a conclusão dos professores Gustavo Binenbojm e André Cyrino, para quem "num contexto, como o brasileiro, em que se clama por gestão mais eficiente, impossível desconsiderar um tratamento diferente ao erro e aos meios de controle"[231]. O direito administrativo do risco, com especial enfoque em cenários de incerteza técnico-científica, partilha exatamente desta perspectiva do princípio da eficiência, que não só admite a convivência mais natural com os erros, como também os absorve em sua curva de aprendizado na gestão pública. Exemplo prático do raciocínio empreendido neste trabalho se

[231] BINEMBOJM, Gustavo; CYRINO, André. Op.Cit., 2018.

deu durante a pandemia do novo coronavírus, no ano de 2020, em que ocorreu a reafirmação normativa da lei federal nº 13.655/18.

De fato, a Medida Provisória nº 966/20 reproduziu a garantia de responsabilização de gestores públicos apenas em casos de dolo ou de erro grosseiro no enfrentamento da emergência de saúde pública e no combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da grave crise sanitária causada pela pandemia da COVID-19. A norma é emblemática e reflete a noção de eficiência que o direito administrativo deve perseguir: diante de situações de grave risco, em que o erro é inevitável ou ao menos provável, o gestor não deve ser, como regra, responsabilizado[232]. Por óbvio, não se está tratando de condutas dolosas ou eivadas de erro grosseiro, mas sim daquele erro decorrente da tentativa sincera de prevenção de riscos e de construção de soluções inovadoras.

Ainda assim, a medida provisória em questão gerou forte repercussão nos meios de comunicação e na sociedade civil, com a subsequente provocação do Supremo Tribunal Federal por meio de inúmeras Ações Diretas de Inconstitucionalidade[233]. A bem da verdade, também o artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi objeto de críticas semelhantes. Em sede doutrinária, os professores Gustavo Binenbojm e André Cyrino[234] já haviam apresentado argumentos em favor de sua constitucionalidade. Segundo os autores, não haveria qualquer ofensa ao artigo 37,

§6º da Constituição Federal no dispositivo inserido pela lei federal nº 13.655/18 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que apenas concretizaria e qualificaria o elemento subjetivo já exigido pelo poder constituinte. Em suas palavras, a expressão “erro grosseiro” adotada pelo legislador e a “culpa” prevista no texto constitucional seriam conceitos siameses.

De todo modo, a validade da Medida Provisória nº 966/20 foi decidida ainda no ano de 2020, em apreciação de medida cautelar. Dessa feita, o plenário da Suprema Corte reconheceu a constitucionalidade da norma, reforçando a noção do princípio de eficiência aqui defendida, por tolerar de forma expressa o erro administrativo em situações que envolvam risco. A bem da verdade, como também destacam os professores André Cyrino e Gustavo Binenbojm, a proteção ao erro serve ao combate à inércia conservadora e à subserviência institucional. Em

---

[232] DIONISIO, Pedro de Hollanda. Op.Cit., p.92.

[233] Segundo as informações oficiais, as ações diretas de inconstitucionalidade foram ajuizadas pela Rede Sustentabilidade (ADI 6421), pelo Cidadania (ADI 6422), pelo Partido Socialismo e Liberdade (ADI 6424), pelo Partido Comunista do Brasil (ADI 6425), pela Associação Brasileira de Imprensa (ADI 6427), pelo Partido Democrático Trabalhista (ADI 6428) e pelo Partido Verde (6431).

[234] BINEMBOJM, Gustavo; CYRINO, André. Op.Cit., 2018, pp.215-218.

manifestação conjunta, diversas referências nacionais do direito administrativo reafirmaram o acerto da decisão e o seu incentivo à função criadora do gestor público "inclusive para, se erros ocorrerem, servirem de aprendizado"[235].

No mesmo julgamento, contudo, o plenário da Suprema Corte deu interpretação conforme à expressão "erro grosseiro", de modo a incluir em sua incidência duas hipóteses que serão essenciais para o prosseguimento do presente trabalho[236]. De um lado, esclareceu que configura "erro grosseiro" a decisão administrativa que não observa os princípios constitucionais da precaução e da prevenção, os quais já foram abordados com mais vagar no capítulo anterior. A precaução, em cenários de incerteza técnico-científico, típicos do direito administrativo do risco, funciona como regra de decisão para os órgãos controladores, evitando, a um só tempo, a leniência desmedida com catástrofes e o sufocamento de iniciativas inovadoras na Administração Pública. Há aqui, portanto, um alinhamento do precedente com as ideias defendidas neste trabalho.

Não obstante, além da invocação do parâmetro da prevenção e da precaução, o Supremo Tribunal Federal também considerou igualmente "erro grosseiro" a não submissão aos *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas. O parâmetro científico plasmado na decisão do Supremo Tribunal Federal – que tem como premissa a centralidade dos *experts* – permite a transição à segunda parte deste capítulo, destinada à análise crítica do insulamento técnico das decisões mais complexas, outro pilar da perspectiva tradicional do princípio da eficiência que merece reflexão.

Para esta corrente de pensamento, prestigiada pelo Supremo Tribunal Federal, os estudos técnico-científicos estreitam a discricionariedade da decisão administrativa, impondo determinadas escolhas ao gestor público. Nesse cenário, a participação social representaria comprometimento da eficiência em processos decisórios que envolvam risco. Os

---

[235] SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; FILHO, Marçal Justen; MONTEIRO, Vera. Surpresa positiva do STF no julgamento da MP 966. Plataforma Jota – Opinião & Análise, 2020 (Último acesso em 15.09.2020).

[236] Nessa oportunidade, o Supremo Tribunal Federal fixou as seguintes teses: 1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos (MC na ADI nº 6.421, 6.422, 6.424, 6.425, 6.427, 6.428 e 6.431, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, data do julgamento 21.05.2020).

procedimentos participativos tornariam a decisão administrativa mais lenta e custosa[237], além de pouco agregar – ou, até mesmo, atrapalhar – a solução de problemas de alta especialização técnico-científica. Passa-se à avaliação crítica desta perspectiva e à proposição de visão alternativa, mais afinada com o direito administrativo do risco, que pretende manter a atualidade do Estado frente aos novos desafios do século XXI.

3.3 A (re)descoberta da *accountability*

3.3.1 Nota prévia terminológica

De início, observada a polissemia recorrente do termo anglófono *accountability*[238] em trabalhos jurídicos, é relevante nota prévia acerca do sentido aqui versado. Com efeito, embora a expressão já tenha sido utilizada em diversas passagens ao longo deste trabalho, este tópico se dedicará a sua análise mais detida, o que exige clareza na compreensão de seu alcance. Segundo os professores Martin Lodge e Lindsay Stirton, a origem histórica do termo estaria associada ao uso do vocábulo francês *aconter*, sistema de registro e de contabilidade da propriedade privada utilizada pelo governo para controle das transações imobiliárias ocorridas no país[239].

Contudo, ainda segundo os autores, ao longo do tempo houve inversão de sentido no seu uso mais difundido no âmbito do direito administrativo: do dever de registro da propriedade pelo cidadão comum perante o Estado, passou a corresponder ao dever de prestação de contas de agentes públicos por seu comportamento perante a sociedade civil. Por essa razão, como apontam Marcos Vinícius Pó e Fernando Luiz Abrúcio, em regimes democráticos sempre existirá relevante espaço de sobreposição entre os conceitos de controle e de *accountability*, o que demanda a preocupação em estabelecer diferenciação operacional entre os termos[240].

Para os professores, o controle seria conceitualmente mais restrito, envolvendo a capacidade efetiva de uma instituição determinar outro certo comportamento, a partir de

---

[237] BAPTISTA, Patrícia. Op.Cit., 2018, pp.113-115.

[238] A opção pela manutenção do termo em sua língua de origem se deu em razão da dificuldade verificada durante a tentativa de tradução que exprimisse em sua inteireza o alcance do instituto. Além disso, a profusão de palavras encontradas na literatura brasileira para substituição do termo anglófono poderia trazer prejuízo adicional à compreensão uniforme do leitor quanto ao que se pretende tratar neste tópico.

[239] LODGE, Martin; STIRTON, Lindsay. Accountability in the Regulatory State. In BALDWIN, R.; CAVE, M., LODGE M. Oxford Handbook of Regulation. Oxford University Press, 2010, p.351.

[240] PÓ, Marcos Vinícius; ABRÚCIO, Fernando Luiz. Op.Cit., p.08.

sanções punitivas ou premiais. A *accountability*, por seu turno, inclui a preocupação com a existência e o aperfeiçoamento de mecanismos – institucionais e informacionais – que autorizem e estimulem a participação dos cidadãos na definição e na avaliação das políticas públicas e das decisões administrativas. Em outras palavras, a *accountability* busca, de forma mais abrangente, promover a inclusão da sociedade civil no debate público acerca das soluções a serem adotadas pelo Estado. Para o direito administrativo do risco é justamente essa perspectiva que interessa. Por isso, tal conceito será adotado ao longo deste tópico, buscando enfatizar a sua relevância para que o direito administrativo e suas instituições continuem a responder de forma adequada aos novos problemas que surgem a partir da literatura dos riscos.

3.3.2 Participação Social: chamar espíritos no vasto fundo?

No ano de 1993, o professor Stephen Breyer, hoje *justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, lançou obra seminal acerca da regulação dos riscos[241]. A partir do estudo de probabilidades matemáticas de se contrair neoplasia maligna diante do consumo de determinadas substâncias e de sua comparação com os demais riscos ordinários da vida em sociedade, o autor da obra destacou que reguladores bem-intencionados e preparados tecnicamente podem cometer erros decorrentes de falhas inerentes ao processo de tomada de decisão administrativa. Especificamente, o professor enumerou dentre os principais problemas diagnosticados na gestão pública, sua inequívoca visão de túnel, a seleção aleatória de sua agenda e mesmo a inconsistência de seus projetos.

Diante disso, o autor sublinhou a necessidade de rompimento do que chamou de círculo ou ciclo vicioso (*vicious circle*)[242]. Segundo o professor, coexistiriam ao menos três componentes no processo decisório tradicional de agências reguladoras catalisadores do resultado insatisfatório na tutela adequada do risco: as percepções da sociedade civil, seus impactos sobre a postura do Congresso Nacional e as profundas incertezas técnicas das escolhas administrativas. Esses elementos, por seu turno, seriam conectados por relações de causa e efeito que precisariam ser redimensionadas para que a regulação passasse a atender efetivamente a seus fins em matéria de risco.

---

[241] BREYER, Stephen. Op.Cit., 1993.

[242] "Meu objetivo é ilustrar como reguladores bem intencionados e inteligentes, tentando realizar suas tarefas regulatórias de maneira sensata, podem, no entanto, gerar resultados contraproducentes. É por isso que o design institucional é importante." (BREYER, Op.Cit. p.11 – Tradução Livre).

No que se refere às percepções da sociedade civil, o professor destaca o impacto da heurística sobre a racionalidade dos seres humanos não especializados – considerados "leigos" – em questões que envolvam riscos de grande monta. De fato, a simplificação de problemas na busca de soluções mais rápidas (*rule of thumbs*) ajuda no processo decisório cotidiano, porém não pode embasar decisões técnicas complexas. Além disso, atrapalhariam a adequada construção social dos riscos a supervalorização de problemas (*prominence*) e de pessoas (*ethics*) mais próximas; a insistência em determinadas respostas comprovadamente insuficientes (*fixed decisions*); e sua dificuldade de ser traduzido matematicamente (*mathematics*) ou de acordo com a linguagem técnica correspondente (*trust in experts*)[243].

Todos esses fenômenos, ainda segundo o justice da Suprema Corte dos Estados Unidos, seriam amplamente explorados pelos meios de comunicação, amplificando seu alcance e sua intensidade sobre atores institucionais relevantes. A opinião pública "irracional" que surgiria deste processo pressionaria o Congresso Nacional, instituição política fortemente responsiva ao voto popular. Para Stephen Breyer, a própria lógica de incentivos parlamentar impediria o rompimento com o ciclo vicioso, a partir de processos legislativos lentos e, no mais das vezes, fragmentados em comissões compostas por políticos que disputam a atenção da opinião pública[244].

Diante desse cenário, como amplamente reconhecido pela literatura especializada, o insulamento técnico em agências reguladoras foi a solução de compromisso para destacar do processo político ordinário problemas que demandam respostas científicas contrárias à opinião pública (*blame shifting*). Contudo, alerta Stephen Breyer, a mera criação dessas instituições teria se mostrado insuficiente para enfrentamento de questões que envolvam risco elevado para a sociedade civil. A existência de mecanismos políticos de controle sobre a atuação das agências – como a nomeação de sua cúpula decisória e a prévia definição de seu orçamento – continuaria a impactar agudamente sua atuação em casos de grande repercussão nacional.

O terceiro vértice do ciclo vicioso, por fim, decorreria das incertezas científicas que envolvem processos decisórios técnicos nas agências reguladoras. A necessidade de adaptação frequente a rápidas mudanças de cenários[245] e de respostas com grau elevado de presunções e de subjetividade[246] ampliam as desconfianças da opinião pública e as disputas com o

---

[243] BREYER, Op.Cit. pp.33-39.
[244] BREYER, Op.Cit. p.42.
[245] BREYER, Op.Cit. p.43.
[246] BREYER, Op.Cit. pp.47-48.

Congresso Nacional. Para evitar o desgaste institucional, a estratégia mais comum dos diretores de agências reguladoras e dos gestores públicos é a de errar do lado mais seguro (*erring of the safe side*). Nas palavras do professor, esta técnica decisória seria extremamente danosa para a Administração Pública, especialmente nos debates em torno de questões complexas envolvendo risco.

A retroalimentação dos processos narrados acima, entre a opinião pública, o Congresso Nacional e as agências reguladoras, produziria um sistema disfuncional de regulação de riscos. Para o professor, o ciclo vicioso apenas poderia ser superado a partir de um redesenho institucional. Em linhas gerais, o autor defende o fortalecimento das agências reguladoras por meio do efetivo investimento na formação de agentes públicos experimentados na arena política, e com capacidades multidisciplinares. O autor aposta, dessa forma, na criação de uma nova carreira administrativa com a missão de coordenar a regulação de riscos, que demande passagem prévia por cargos públicos em agências reguladoras e no Congresso Nacional.

A despeito do debate acerca da efetividade ou não da proposta aventada, para este trabalho interessa especialmente a premissa adotada pelo professor Stephen Breyer. Segundo o *justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, qualquer tentativa de reforma institucional que envolvesse os vértices da opinião pública e das pressões políticas do Congresso Nacional não apresentaria resultados consistentes. Em suas palavras, as propostas de aperfeiçoamento de comunicação com membros da sociedade civil seriam equiparáveis a "chamar espíritos no vasto fundo"[247]. Assim, prossegue o professor, para obtenção do resultado ótimo seria essencial a despolitização do processo regulatório e o foco em uma nova carreira de agentes públicos.

Nesse ponto, questiona-se a premissa do professor de que a participação social deve ser amesquinhada para a efetiva tutela de riscos pelo Estado no século XXI. Na realidade, o próprio Stephen Breyer reconhece que sua proposta pode ser criticada em virtude do caráter antidemocrático e elitista[248]. Ainda assim, porém, insiste que mais importante do que a

---

[247] "Qualquer solução concreta e institucionalmente orientada deve também levar em consideração a extrema dificuldade de mudar a psicologia humana, as reações da imprensa ou a política do Congresso Nacional. Falar da necessidade de melhorar a comunicação com a sociedade civil, ou de uma imprensa mais responsável, ou de um Poder Legislativo mais disciplinado, é como chamar espíritos no vasto fundo.É possível chamá-los, mas eles virão? (...) Nem todo assunto relacionado ao risco precisa se tornar público. Um processo regulatório despolitizado pode produzir resultados melhores, e, portanto, aumento de confiança, com reações positivas da sociedade civil e do Congresso Nacional." (BREYER, Op.Cit.pp.55-56 – Tradução Livre).

[248] BREYER, Op.Cit. pp.73-74.

abertura à participação, seria a habilidade de uma instituição cumprir eficientemente seus propósitos, construindo a confiança pública em seu trabalho. Exemplifica a tese a partir de instituições com baixo influxo social, mas com grande respeitabilidade e relativo sucesso, como as Forças Armadas dos Estados Unidos e o Conselho de Estado Francês.

Não se desconhece o amplo e antigo debate da *accountability* e da participação social nas decisões administrativas[249]. Na perspectiva deste trabalho, contudo, a crença no tecnicismo puro não mais responde aos problemas do século XXI de forma suficiente, ao menos em cenários de grave incerteza técnico-científica. A superação do ciclo vicioso na regulação estatal do risco não prescinde do aperfeiçoamento nos vértices do Congresso Nacional e da opinião pública. A reflexão sobre formas de calibragem dos influxos da participação social no campo das decisões técnicas complexas deve fazer parte do debate no direito administrativo do risco, de forma a garantir que o Estado continue a dar respostas adequadas aos problemas da sociedade.

3.3.3 O princípio da eficiência e a releitura do paradigma do insulamento técnico de decisões mais complexas: a participação social no direito administrativo do risco

O incremento dos riscos no século XXI torna impossível sua definição e propostas de gerenciamento exclusivamente sob o viés tecnicista, como pretende Stephen Breyer. As instituições e seus "peritos" precisam ceder aos influxos dos "leigos", especialmente em questões que não admitam resposta científica única. Sob a perspectiva do direito administrativo do risco, acredita-se que o Estado apenas continuará a fornecer respostas adequadas aos problemas que envolvam cenários de incerteza técnica, cada vez mais comuns na atualidade como diagnosticado no primeiro capítulo, se a noção de eficiência passar por processo de ressignificação que comporte a efetiva participação social.

Na linha tradicional adotada pelo professor Eros Grau, não existiria espaço de conformação política em matérias com alto grau de tecnicismo porque a ciência estreitaria a discricionariedade do gestor público[250]. Em nome da eficiência, a ciência sempre apresentaria a resposta mais adequada, de modo que a participação social pouco ou nada acrescentaria. Nas entrelinhas deste raciocínio, prevalecente no direito administrativo clássico, o paradigma científico seria dotado de neutralidade. Assim, por não se admitir a possibilidade de

---

[249] Para o histórico do debate nos Estados Unidos da América, ver: LODGE, Martin; STIRTON, Lindsay. Op.Cit., 2010.

[250] GRAU, Eros Roberto. Direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 8ª Ed., 2011, p.212.

divergência no campo da técnica, lhe era atribuída preferência em questões de mais alta complexidade, afastando os influxos da política e da sociedade civil.

Os novos riscos impostos ao Estado Regulador, contudo, demandam a revisão desta noção de eficiência. Como bem destaca Ulrich Beck, a "sociedade de riscos mundial" impõe a passagem de uma compreensão racionalista ou objetiva de riscos para outra de viés subjetivista ou perceptiva[251]. A oposição simplista entre "peritos" e "leigos" passa a ser insuficiente para dar conta da complexidade dos riscos contemporâneos, que nem sempre admitem resposta científica única e objetiva[252]. Nas palavras do professor alemão, "mais ciência não reduz necessariamente o risco, mas agudiza a consciência do risco, torna os riscos "coletivamente" visíveis"[253].

Nesse contexto, Maria Weimer e Gaia Pisani[254] refletem sobre a dificuldade argumentativa de manutenção de grande margem de discricionaridade em favor de entidades técnicas vis a vis sua baixa legitimidade democrática. Se a ciência não é capaz de produzir uma única resposta correta para determinado problema, as autoras questionam o que respaldaria a ampla deferência aos *experts* em questões de riscos. Em outras palavras, em cenários de incerteza técnica, deveria ser reconhecida a incapacidade de a ciência e de seus *experts*, isoladamente, apresentarem respostas satisfatórias e estreitarem a discricionariedade dos agentes públicos eleitos – o que as autoras chamam de "modelo de controle". Ao mesmo tempo, também não seria possível, segundo o estudo, atribuir à ciência e a seus *experts* o papel de ser apenas mais uma variável no processo decisório – o que é qualificado como "modelo deliberativo".

As autoras examinam, para confirmação da hipótese, o processo de liberação de duas espécies de organismos geneticamente modificados – *Herculex* e *Anflora* – pelas autoridades europeias competentes, bem como o seu posterior controle pelas instâncias administrativas e judiciais. A partir dos exemplos, inferem tendência de maior autopercepção das limitações científicas pelos órgãos técnicos, por meio de relatórios finais que expõem as alternativas e seus riscos e da abertura interna à apresentação de votos divergentes. Ainda segundo as autoras, as instâncias judiciais também vêm adotando, no contexto europeu, controle mais restrito à qualidade do processo decisório.

---

[251] BECK, Ulrich. Op.Cit., pp.35-36.
[252] BECK, Ulrich. Op.Cit., p.357.
[253] BECK, Ulrich. Op.Cit., p.30.
[254] WEIMER, Maria; PISANI, Gaia. Expertise as justification – The contested legitimation of the EU"risk administration". Amsterdam Centre for European Law and Governance Research Paper, 19, 2016

Assim, as autoras concluem que no campo das instituições de conhecimento e dos órgãos de controle judicial há tendência de adoção do chamado "modelo deliberativo", com maior espaço às escolhas políticas sazonais. A despeito disso, o trabalho admite que, a partir da análise do processo de liberação dos organismos geneticamente modificados acima mencionados, os gestores públicos eleitos, em cenários de incerteza, persistem em adotar o "modelo de controle". Segundo as autoras, em ambos os casos, prevaleceu a opção política de aplicação pela Administração Pública, sem maiores digressões, das conclusões – ainda que dúbias e com divergências internas – dos órgãos técnicos. Assim, o estudo conclui que estaria em construção processo de amadurecimento da participação social nesse espectro de decisões políticas que envolvam risco.

De fato, diante da percepção de que a ciência não é capaz de dar a (única) resposta correta a determinado problema, à luz de todos os riscos envolvidos, Ulrich Beck destaca a relevância da variante cultural na decisão final de cada Estado[255]. Há assim, movimento de revalorização da *accountability* de decisões do Estado Regulador. Por óbvio, ainda há grande espaço de preferência do paradigma científico, porém a ideia de racionalidade administrativa que permeou o Estado Moderno precisa ser ressignificada. Em terrenos em que subsista dúvida científica razoável ou as "falhas epistemológicas" mencionadas pelas sociólogas Bridget Hutter e Sally Lloyd-Bostock, a participação no processo de tomada de decisão pode ser a postura mais consentânea com os parâmetros democráticos[256].

Os professores Martin Lodge e Lindsay Stirton explicitam, nesse contexto, a relevância da *accountability* para o direito administrativo contemporâneo, eliminando a perspectiva exclusiva do suposto "custo-benefício" assegurado pela ciência[257]. Os autores destacam que a discricionariedade ampliada dos gestores públicos, associada à fragmentação do papel da autoridade, ocasionam natural expansão da participação no processo de decisão da Administração Pública[258]. Em um contexto plural de tomada de decisão administrativa, o

---

[255] "O que significa então a "realidade" do risco? A realidade do risco revela-se no caráter controverso do mesmo. Os riscos não possuem uma existência abstrata em si próprios. Eles tornam-se reais na avaliação contraditória de cada grupo e de cada população. A ideia de um critério objetivo que permitiria medir o grau de risco ignora que os riscos só são considerados prementes, perigosos e reais ou negligenciáveis e irreais na sequência de uma determinada percepção e avaliação cultural. (BECK. Op. Cit., 2015, p.38).

[256] A questão é discutida pelos professores Martin Lodge e Lindsay Stirton e será retomada no capítulo quatro (LODGE, Martin; STIRTON, Lindsay. Op.Cit., 2010).

[257] "Ao mesmo tempo (antecipando os argumentos que serão apresentados) a regulação a partir da aplicação do teste de custo-benefício nos Estados Unidos e no resto do mundo refletiu uma particular e contestável compreensão de racionalidade" (LODGE; STIRTON; p.353 – Tradução livre).

[258] LODGE; STIRTON. Op.Cit., pp.354-357, 2010.

ideal seria a construção de sistemas aderentes à possibilidade de redundância, de sobreposição e de "elementos surpresa"[259].

Não há aqui a crença insincera de que mais participação social é melhor em qualquer cenário. Há situações em que a comunidade científica é capaz de produzir consenso razoável acerca da resposta adequada, o que pode tornar a participação de leigos contraproducente ao processo decisório. Exemplo prático extraído durante o combate à pandemia da COVID-19 no Brasil, se deu no processo de aprovação da vacinação de crianças de cinco a onze anos de idade pelas autoridades sanitárias. A despeito da conclusão técnica da agência reguladora favorável à utilização dos imunizantes e do razoável consenso científico em torno do tema, o Ministério da Saúde convocou consulta pública seguida de audiências com a sociedade civil. Ao final, a vacinação do público infantil foi liberada mais de um mês após o prazo inicialmente previsto.

Não obstante, especialmente em processos decisórios em que os *experts* ainda não gozam de consenso científico razoável – notadamente aqueles que interessam ao direito administrativo do risco –, há maior demanda por experimentalismo, por flexibilidade e por discricionariedade. Nesses casos, a participação social pode gerar ganho ao processo, desde que adotada de forma razoável pelos interessados. É justamente nesse contexto que se insere o direito administrativo do risco. A ausência de razoável consenso técnico-científico em questões que envolvam risco exigirá a participação da sociedade civil. Por essa razão, como já visto, Julia Black chega a afirmar que este seria um dos papéis centrais da adoção da disciplina do "risco" no âmbito da regulação estatal contemporânea.

Para a professora britânica, o debate da *accountability* no direito administrativo do risco revelaria a tensão entre dois paradigmas de "boa administração pública". De um lado, o chamado paradigma racional-instrumental defenderá que o risco poderá sempre ser gerenciado e controlado a partir de soluções objetivas, racionais e científicas que estreitariam a discricionariedade administrativa. De outro lado, existiria o paradigma deliberativo-constitutivo, que partiria da premissa de que o próprio conceito de risco é altamente contestado e indeterminado, atribuindo ampla margem criativa aos gestores públicos, que deveriam construir soluções a partir da participação dos mais variados atores sociais. A escolha entre um ou outro paradigma seria essencial para definição do alcance da *accountability*[260].

---

[259] LODGE; STIRTON. Op.Cit., p.362, 2010.
[260] BLACK; Op.Cit., pp.336.

No ponto, é preciso retornar à distinção do professor Ulrich Beck entre percepção objetiva e percepção subjetiva dos riscos. Nesta classificação reside parte dos motivos pelos quais o autor defende a existência de uma "sociedade de riscos mundial" na atual quadra histórica. Tradicionalmente, essa distinção não fazia sentido porque a ciência fabricava certezas e os riscos apareciam sempre sob o controle infalível dos técnicos. A relevância da classificação, pois, surge quando se percebe que os *experts* não possuem uma única solução para definição e contenção dos riscos. Ao contrário, no mais das vezes, suas respostas são contraditórias e sujeitas a frequentes correções de rumo[261].

Nesse momento, a construção cultural ou subjetiva dos riscos se descola daquela fornecida de forma racional ou objetiva pelo paradigma científico e torna-se visível na sociedade. Para Ulrich Beck, os "leigos" passariam a buscar em si próprios a segurança e a certeza que estavam acostumados a confiar aos *experts* desde a consolidação do movimento iluminista. É crível supor que uma das externalidades negativas desse processo, na atualidade, são o fortalecimento de lideranças negacionistas e o crescimento de movimentos que questionam consensos científicos básicos[262]. Segundo estudo em curso na *London School of Economics and Political Science* – LSE, esses problemas são agravados em cenários de exceção[263]. Porém, se os riscos no século XXI já não podem ser medidos exclusivamente segundo régua tecnicista, tanto é mais certo que a percepção subjetiva ou cultural não pode substitui-la integralmente.

O descasamento entre *experts* e "leigos" precisa, pois, ser equacionado de forma equilibrada, observando os limites e as potencialidades de cada qual, à luz do princípio da precaução. Nessa linha, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento – OCDE

---

[261] A professora Tatiana Roque exemplifica o processo a partir de episódios ocorridos durante a pandemia causada pelo novo coronavírus, em que as próprias autoridades da Organização Mundial de Saúde (OMS) apresentaram orientações muitas vezes inconstantes e contraditórias no que se refere à eficácia do*lockdown* e do uso de máscaras para a contenção da ameaça viral (ROQUE, Tatiana. A queda dos *experts*.Revista Piauí, São Paulo, n.176, 2021, pp.20-22).

[262] A percepção deste fenômeno foi debatida durante o curso "Instituições, Public Choice e Novas Fronteiras do Direito Público", ministrado pelo professor André Cyrino, no mestrado da linha de direito público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Após o encerramento do curso, novos indícios confirmam a tese especulada, como o processo de reestruturação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) pela Medida Provisória nº 893/2019 e a exoneração do presidente do Instituto Nacional de Pesquisas Especiais (INPE).

[263] Em novembro de 2020, pesquisadores do *Systemic Risk Centre* da *London School of Economics and Political Science – LSE* apresentaram conclusões semelhantes ao investigar a percepção de setenta e cincomil pessoas em cento e trinta e oito países, que vivenciaram epidemias anteriores entre seus dezoito evinte e cinco anos de idade. O resultado do trabalho revela que, embora a ciência como disciplina seja preservada, os *experts* são afetados negativamente, com diminuição significativa de confiança dos *leigos* em relação a eles e às suas propostas para enfrentamento da crise, como a vacinação (EICHENGREEN, Barry; AKSOY, Cevat G.; SAKA, Orkun. Revenge of the *Experts*: Will COVID-19 renew or diminish public trust in Science? Journal of Public Economics, Systemic Risk Centre Discussion Papers DP 106, 2020).

publicou no ano de 2020 diretriz incentivando novas formas de participação social no processo de tomada de decisões públicas complexas[264]. A professora Julia Black destaca a experiência britânica, que passou a ampliar a participação social em questões envolvendo risco após a crise de segurança alimentar decorrente da já estudada Encefalopatia Espongiforme Bovina – EEB e também após os debates sobre o uso de órgãos geneticamente modificados. Em ambos os casos, Julia Black ressalta que a baixa eficácia das soluções administrativas foi explicada fundamentalmente em razão da falta de confiança da sociedade nos *experts*[265].

Então, prossegue enumerando diversas falhas, comumente apontadas pelos estudiosos, do modelo institucional baseado exclusivamente no método científico, boa parte já registrada na obra de Stephen Breyer. A primeira é de ordem metodológica, com generalizações e outras técnicas frágeis de produção de conhecimento. A segunda decorre dos inescapáveis vieses cognitivos, que são ampliados na análise de questões que envolvam riscos. A terceira envolve o caráter estreito do método, excluindo fontes de informação valiosas por não serem validadas cientificamente. A análise dos *experts* seria sempre mais focada em elementos quantificáveis, negligenciando elementos de mais difícil mensuração embora de igual relevância em termos de risco.

Além disso, Julia Black afirma que a análise de cenário, uma das técnicas mais comuns do método científico, é influenciada pela heurística e vem sendo apontada como insuficiente para a solução de problemas reais. Ainda, é apontada a captura, comercial ou política, da análise dita técnica, o que gera problemas de conflitos de interesse. Por fim, a professora aponta o já mencionado impacto das diferenças culturais e cognitivas sobre a análise de riscos, que é ignorada pelo funcionamento globalizado dos *experts*. Diante de todas essas críticas, Julia Black conclui que a ciência é incapaz de funcionar como o único mecanismo de estabilização que dela se espera[266].

A literatura do risco passaria a exigir, pois, o redesenho do papel da ciência e dos *experts* na construção da decisão administrativa. Julia Black destaca que mesmo na comunidade científica há crescente consenso de que seu hermetismo precisa ser repensado. A tradicional distinção entre as ciências puras e aplicadas vem perdendo sentido, a percepção da

---

[264] Cuida-se do documento expedido pelo diretório de Governança Pública da OCDE "Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions – *Catching the Deliberative Wave"*. Disponível em https://www.oecd.org/gov/innovative-citizen-participation-and-new-democratic-institutions-339306da-en.htm (Último acesso em 19.12.2020).

[265] BLACK; Op.Cit., pp.334-335.

[266] BLACK; Op.Cit., pp.314-316.

inevitabilidade do impacto de interesses econômicos e políticos como parte do processo científico e o reconhecimento da insuficiência dos *experts* para compreensão dos riscos seriam parte deste diagnóstico. O sistema de revisão pelos pares vem sendo questionado, em especial na definição de quem devem ser considerados "pares" e qual a sua capacidade efetiva de revisão em cenários que envolvam riscos. Está em curso, segundo a autora, processo de "contextualização" do método científico[267].

Em outro trabalho[268], desenvolvido em conjunto com Andrew Murray, a professora reitera a relevância da *accountability* na reconstrução da confiança e da legitimidade de estudos dos *experts* e, por consequência, de decisões administrativas. As demandas de cada grupo ou de cada comunidade podem empurrar os estudos em direções distintas, o que exige um compromisso contínuo com a transparência e com a participação social. Assim, os professores acreditam na necessidade de reformulação do sistema regulatório à luz desta premissa, compreendendo suas interações entre interesses complexos, as possíveis causas de suas falhas e os potenciais impactos das mudanças sugeridas no processo de tomada de decisão administrativa.

Os professores Martin Lodge e Lindsay Stirton reconhecem na constante crítica ao excesso de *accountability*, inclusive, parte indissociável de sua essência plural, com valores em competição e prioridades em constante mutação, capazes de obstar estado de perfeição ou de estabilidade de participação social[269]. Em outras palavras, a compreensão da crítica demandaria delimitação do que qualificaria o "excesso", sob a perspectiva das potenciais consequências indesejadas e dos trade-offs com outros princípios perseguidos pelo direito administrativo[270]. Assim, aos estudiosos, competiria processo contínuo e atento de revisão e aperfeiçoamento de ferramentas e instrumentos de participação social, que rompa com a dicotomia simplificada Estado versus Sociedade[271].

Enfim, como deduz o professor Jerry Mashaw, o debate acerca do tema exige a prévia resposta aos seguintes questionamentos sobre o seu regime: a quem se reserva o direito e o dever de *accountability*? Qual seu objeto? Como se pretende promover sua procedimentalização? Qual o critério para sua utilização ou afastamento? Quais efeitos

---

[267] BLACK; Op.Cit., pp.316-317.
[268] BLACK; MURRAY. Op.Cit., pp.12-13.
[269] LODGE; STIRTON. Op.Cit., p.350, 2010.
[270] LODGE; STIRTON. Op.Cit., pp.363-364, 2010.
[271] LODGE; STIRTON. Op.Cit., pp.367, 2010.

esperados?[272] Para o autor, apenas com a resposta a estas perguntas, à luz da realidade de cada desenho institucional, é possível analisar criticamente a participação social. Por essa razão, passa-se a analisar o cenário institucional da participação social no Brasil.

3.3.4 A construção da *accountability* no Brasil e a disciplina do risco

3.3.4.1 A progressiva consolidação de instâncias técnicas na Administração Pública

No Brasil, desde a década de 1990, há crescente expansão do sistema de agências reguladoras, identificado como a principal ferramenta para incremento técnico- científico de decisões administrativas e para maior deferência do controle judicial. A lei federal nº 13.848/19 consolida estas instituições no cenário nacional, a partir de normas gerais para a sua organização e funcionamento. Não obstante, como já acenava Stephen Breyer, ainda persistem limitações estruturais em seu contorno que estimulam o "ciclo vicioso". Nesse sentido, o processo de nomeação dos diretores das agências reguladoras e a definição de seu orçamento anual prosseguem subordinadas às instâncias políticas.

A exigência de que os diretores sejam indicados e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, já constava do artigo 5º, da lei federal nº 9.986/00, com fundamento no artigo 52, inciso III, alínea "f" da Constituição Federal, que autoriza a ampliação legislativa do rol de autoridades públicas a serem submetidas ao crivo do Poder Legislativo. Após o advento da lei federal nº 13.848/19, a regra foi reforçada, contando apenas com o acréscimo de requisitos acadêmicos e profissionais para ocupação dos cargos. Além disso, os artigos 36 a 46 da lei federal nº 13.848/19 também promoveram alterações nas leis setoriais de cada agência reguladora, positivando o processo de nomeação pelas instâncias políticas.

De outro lado, sob o aspecto financeiro, o desenho institucional brasileiro impõe restrições à autonomia das agências reguladoras. O artigo 165, §5º da Constituição Federal estipula o princípio da unidade orçamentária, concentrando na chefia do Poder Executivo a atribuição de encaminhar a versão consolidada da proposta orçamentária de todos os Poderes, e destinando ao Poder Legislativo a atribuição exclusiva de votá-la. É bem verdade que o artigo 3º, da lei federal nº 13.848/19 estabelece algumas garantias em favor das agências

---

[272] MASHAW, Jerry. Accountability and institutional design: some thoughts on the grammar of governance. Yale Law School: Research Paper nº 116, chapter 5. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=924879 (Último acesso em 06.04.2021).

reguladoras, especialmente a celebração direta de contratos de custeio e a possibilidade de solicitação, junto ao Ministério da Economia, para realização de concurso público e para provimento de cargos. Contudo, ainda assim, é vedada sua interferência no processo político de definição do orçamento[273].

Nesse contexto, é comum no Brasil o controle, pelas instituições políticas, sobre as decisões administrativas formuladas pelas agências reguladoras em questões que envolvam gerenciamento de riscos. O chamado *by-pass* legislativo[274], especialmente em questões dotadas de elevada incerteza, acontece ainda com indesejada frequência no país, refletindo o ciclo vicioso de Stephen Breyer. Em síntese, por meio de lei em sentido formal, o Congresso Nacional faz escolhas que, em razão da complexidade dos riscos envolvidos e à luz do princípio da precaução, competiriam às agências reguladoras e ao seu corpo técnico. Em resumo, o Poder Legislativo invadiria espaço constitucional de reserva de administração.

O caso clássico de *by-pass* legislativo na disciplina de riscos, já citado no capítulo anterior, se deu em torno da aplicação do medicamento fosfoetanolamina sintética em pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Após estudos preliminares da Universidade de São Paulo em São Carlos indicarem resultados positivos, houve explosão de busca do medicamento. Contudo, como não havia autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, agência reguladora federal competente, se seguiu ampla judicialização para sua obtenção. De modo a assegurar o remédio independentemente de autorização do corpo técnico da agência reguladora, foi aprovada a lei federal nº 13.269/16, de iniciativa conjunta de diversos partidos políticos.

Outro caso relevante ocorreu no auge da crise sanitária em virtude das doenças causadas pelo mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika. Nesse contexto, foi editada a Medida Provisória nº 712/16, que pretendia facilitar o ingresso forçado em imóveis abandonados para implementação de medidas preventivas. Durante a tramitação do ato normativo no Congresso Nacional, que resultou em sua

---

[273] A questão foi, inclusive, submetida ao Supremo Tribunal Federal, no que se refere ao orçamento da Justiça do Trabalho, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.468/DF, na qual foi fixada a seguinte tese, que se estende às agências reguladoras: "Salvo em situações graves e excepcionais, não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes, interferir na função do Poder Legislativo de definir receitas e despesas da administração pública, emendando projetos de leis orçamentárias, quando atendidas as condições previstas no art. 166, § 3º e § 4º, da Constituição Federal" (ADI nº 5.468/DF, Ministro Relator Luiz Fux, j.30/06/2016, DJE 02/08/2017).

[274] Este debate foi desenvolvido durante o curso "Regulação Econômica e Democracia", ministrado pelo professor José Vicente Santos de Mendonça, no mestrado da linha de direito público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Na sessão referente ao princípio da subsidiariedade discutiu-se a tendência de substituição de decisões técnicas das agências reguladoras por soluções políticas, pautadas por pressõesda opinião pública e da imprensa.

conversão na lei federal nº 13.301/16, foi acrescentada dentre as medidas de combate aos vírus, sem debate prévio e autorização pela agência reguladora competente ou pela comunidade científica, a "permissão da incorporação de mecanismos de controle vetorial por meio de dispersão por aeronaves mediante aprovação das autoridades sanitárias e da comprovação científica da eficácia da medida".

O último caso que ilustra a questão se deu em meio à pandemia da COVID-19. Diante das graves incertezas quanto às vacinas disponíveis no mercado, foi editada a Medida Provisória nº 1003/2020 para adesão ao Instrumento de Acesso Global de Vacinas (Covax Facility). Durante o processo de conversão na lei federal nº 14.121/21, o Congresso Nacional acrescentou o prazo peremptório de cinco dias para que a ANVISA autorizasse, ainda que temporariamente, o uso emergencial para importação, distribuição e uso de qualquer vacina. Em caso de silêncio da agência reguladora, lhe seria atribuído efeito positivo[275], desde que o interessado comprovasse a aprovação da vacina por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras descritas na lei.

Pois bem. Não há dúvida de que os exemplos citados ilustram os problemas do ciclo vicioso de Stephen Breyer. Sob a pressão da opinião pública, a tentativa do Congresso Nacional era, inequivocamente, a de pressionar, ou mesmo de substituir, o trabalho da agência reguladora competente. Em todos eles, porém, os mecanismos de "freios e contrapesos" funcionaram com relativo sucesso. Nos dois primeiros casos, a questão foi submetida ao crivo do Poder Judiciário. O último caso, por sua vez, foi objeto de controle preventivo de constitucionalidade pelo Poder Executivo, por meio do veto ao dispositivo que impunha prazo para atuação da agência reguladora.

No primeiro caso, o Supremo Tribunal Federal suspendeu cautelarmente a permissão legal ainda em 2016 e, no ano de 2020, reconheceu definitivamente a inconstitucionalidade da lei federal nº 13.269/16, com base nos princípios da separação de Poderes e da precaução e no direito fundamental à saúde[276]. Em sua fundamentação, destacou-se a competência exclusiva da agência reguladora para permitir distribuição de substância química, segundo protocolo cientificamente validado, competindo aos órgãos políticos outras ferramentas legítimas, como

---

[275] O debate mais abrangente acerca da atribuição de efeitos positivos ao silêncio administrativo ganhou novos contornos após a aprovação da lei federal nº 13.874/19, que em seu artigo 3º, inciso IX, assegura "*(...) que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei*".

[276] Ação Direta de Inconstitucionalidade-MC nº 5.501, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 19/05/2016, publicado no DJe em 01/08/2017. Em outubro de 2020 houve o julgamento definitivo da ação, com a confirmação da cautelar anteriormente concedida.

a convocação de autoridade administrativa a fim de prestar esclarecimentos e a instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito.

No segundo caso, por sua vez, não foi proferida decisão cautelar suspendendo a norma, que teve a constitucionalidade avaliada pelo plenário da Suprema Corte apenas em 2019[277]. Dessa feita, a ministra relatora Cármen Lúcia votou no sentido da nulidade do dispositivo da lei federal nº 13.301/16. Em sua fundamentação, enumerou a violação ao direito fundamental à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e aos princípios da prevenção e da precaução. A ministra ainda ponderou que os estudos e o aprofundamento das pesquisas sobre a eficácia científica da medida devem preceder o ato normativo. Em síntese, as autoridades políticas não poderiam substituir as autoridades sanitárias na construção de soluções técnicas em cenário de incerteza científica.

De outro lado, o ministro Alexandre de Moraes deu início à divergência, a partir da perspectiva – já defendida neste trabalho – de que o princípio da precaução não deve representar vedação absoluta a formas não totalmente seguras de atuação estatal. Em seu voto, o ministro ressaltou que a lei teria sido suficientemente clara ao indicar parâmetros objetivos de controle administrativo da medida, a saber, "aprovação das autoridades sanitárias" e "comprovação científica da eficácia da medida". Assim, em sua perspectiva, a norma seria plenamente constitucional, tendo em vista que os conceitos jurídicos indeterminados a ela apostos dariam concretude suficiente à tutela dos riscos pela Administração Pública federal.

Diante da cisão da Suprema Corte entre essas duas correntes, prevaleceu o voto médio elaborado pelo ministro Edson Fachin, que conferiu interpretação conforme ao dispositivo legal, com o objetivo de assegurar a necessidade de prévia autorização da autoridade ambiental e da autoridade regulatória competentes. Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal concretizou o princípio da precaução, exigindo que os entes administrativos competentes sanem previamente a dúvida a respeito da eficácia científica da medida de dispersão de inseticidas por aeronaves antes de sua adoção no país. Desse modo, seria suprido o vício surgido em razão da emenda parlamentar, que teria assim se antecipado à avaliação técnica de atribuição exclusiva das autoridades sanitárias.

No terceiro e último caso citado, referente à conversão de medida provisória em lei, a solução se deu de forma preventiva. A inclusão de prazo para decisão da agência reguladora acerca do uso emergencial de vacina contra a COVID-19 foi vetada pela Presidência da

---

[277] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.592, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Redator para Acórdão Ministro Edson Fachin, julgado em 11 /09/2019, publicado no DJe em 10/03/2020.

República, em virtude da solicitação da Advocacia-Geral da União e dos Ministérios da Saúde e da Justiça e Segurança Pública. Além da violação à Separação de Poderes e ao direito fundamental à saúde, também foi observada a contrariedade ao interesse público, em razão do evidente risco de "supressão da autonomia decisória da Anvisa com base em critérios estritamente técnicos, o que compromete uma das balizas estruturantes das agências reguladoras, disposta na Lei nº 13.848, de 2019".

É dizer que nas três situações acima narradas, o ciclo vicioso ilustrado por Stephen Breyer foi interrompido pelas instituições, protegendo a autonomia técnica das agências reguladoras. Em todos os casos, o debate se desenvolveu em torno da melhor aplicação do princípio da precaução o qual, como visto, integra a gestão de riscos e assegura que, embora a decisão do Estado seja de natureza política, sempre estará submetida à avaliação de dados científicos e técnicos. Não obstante, há longo caminho a ser percorrido para correção das falhas existentes no sistema e, ao contrário do diagnóstico sugerido por Stephen Breyer, acredita-se que, ao menos no campo do direito administrativo do risco, a *accountability* é parte de sua solução.

3.3.4.2 A acidentada pavimentação da garantia da participação social no âmbito do direito administrativo do risco brasileiro

A participação social no direito brasileiro tradicionalmente é instrumentalizada por meio de audiências e consultas públicas, e da garantia de pluralidade na composição dos órgãos administrativos. A Constituição Federal de 1988 fomenta mecanismos dessa natureza, apresentando dentre seus fundamentos a cidadania (artigo 1º, inciso II) e explicitando sua centralidade no funcionamento de serviços públicos (artigo 37, §3º) e no gozo de direitos fundamentais sociais (artigo 193, parágrafo único). Há, ainda, no texto constitucional, referência às audiências públicas no Poder Legislativo (artigo 58,

§2º, inciso II) e à gestão democrática nas áreas da seguridade social (artigo 194, inciso VII), da educação (artigo 206, inciso VI) e das competências municipais (artigo 29, inciso XII).

No âmbito infraconstitucional, também se verifica o avanço de mecanismos que asseguram a participação social. A lei federal nº 13.848/19 sistematiza a disciplina das consultas públicas (artigo 9º) e das audiências públicas (artigo 10) no processo decisório das agências reguladoras, além de estabelecer cláusula aberta de criação de outros meios de participação de interessados por simples previsão no regimento interno (artigo 11). O marco

legal das agências reguladoras apresenta sensível preocupação com a ampliação da publicidade desses mecanismos (artigo 12) e com sua maior efetividade, a partir do dever de motivação sobre as críticas e as contribuições apresentadas (artigo 9º, §5º).

Especificamente no campo do direito administrativo do risco, merece destaque a lei federal nº 11.105/05, regulamentadora da biossegurança nacional e já mencionada no primeiro capítulo deste trabalho. Em seu artigo 15, o diploma normativo faculta e estimula a realização de audiências públicas, que se tornam obrigatórias no caso específico de liberação comercial de produto, desde que previamente requerida por qualquer parte interessada. Em seu artigo 11, por sua vez, a referida lei estabelece a composição plural da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBIO, órgão administrativo colegiado multidisciplinar de caráter consultivo e deliberativo que atua na gestão de riscos zoofitossanitários, à saúde humana e ao meio ambiente.

Ainda no que se refere ao direito administrativo do risco, também merece atenção a legislação ambiental, que, como já destacado, tradicionalmente opera com o princípio da precaução. Desde o advento da lei federal nº 6.938/81, primeiro marco legal em matéria ambiental no país, já havia previsão dentre os seus princípios da "educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente" (artigo 2º, X), o qual foi reproduzido parcialmente pelo artigo 225, §1º, inciso VI, da Constituição Federal. Além disso, a lei também instituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, dando assim centralidade ao Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, órgão de caráter deliberativo com composição plural.

O Conselho Nacional do Meio Ambiente é atualmente regulamentado pelo decreto federal nº 99.274/90 e possui divisão proporcional de seus assentos permanentes entre governos federal, estadual e municipal, representantes da sociedade civil e membros indicados por segmentos empresariais. Dentre suas atribuições, está a regulamentação do processo de licenciamento de intervenções humanas de grande impacto ambiental, que conta, desde 1986, com resoluções específicas voltadas à elaboração de relatório de impacto ambiental – RIMA a ser escrutinado pela sociedade civil (Resolução CONAMA nº 01/86) e à instalação de audiências públicas (Resolução CONAMA nº 09/87).

Após a Constituição Federal de 1988 e o amadurecimento progressivo do debate ambiental, se enfileiraram diversas leis com instrumentos de participação social. A lei federal nº 9.433/97 institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, com a garantia de gestão descentralizada e de participação dos usuários e das comunidades (artigo 1º, VI),

principalmente por meio dos comitês de bacia hidrográfica (artigo 39, incisos IV e V). A lei federal nº 9.985/00, ao criar o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC, prevê a diretriz da participação da sociedade civil (artigo 5º, inciso II) e o dever de instalação de consultas públicas (artigo 22). A Lei Complementar nº 140/11 estabelece dentre os objetivos fundamentais da União, dos Estados e dos Municípios, a promoção da gestão descentralizada, democrática e eficiente do meio ambiente (artigo 3º, inciso I).

A análise da evolução normativa da participação social demonstra seu progressivo amadurecimento. O desafio maior, contudo, permanece sendo a sua operacionalização e as reais possibilidades do impacto das manifestações da sociedade civil sobre a atividade dos *experts*. Segundo dados oficiais da CTNBIO, desde a edição da lei federal nº 11.105/05, apenas foram realizadas sete audiências públicas, tendo a última ocorrido em setembro de 2020[278]. Sob essa perspectiva, aliás, foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.526 pela Procuradoria Geral da República[279]. Dentre outros fundamentos, argumenta-se, a partir de subsídios do Partido Verde e do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, que a concentração de atribuições junto ao CTNBIO teria reduzido o alcance da participação social no debate sobre os transgênicos e organismos geneticamente modificados.

No âmbito das agências reguladoras, do mesmo modo, estudos demonstram que, embora mais frequentes do ponto de vista quantitativo, as consultas e audiências públicas apresentam baixa representatividade de atores menos organizados, como consumidores, e muitas vezes não são contempladas com respostas motivadas às críticas e contribuições apresentadas[280]. Nesse ponto, como já destacado, a maior institucionalização promovida pela lei federal nº 13.848/19 poderá auxiliar no aperfeiçoamento de mecanismos de participação social nas agências reguladoras, especialmente a partir da exigência de que sejam motivadas as respostas às críticas e às contribuições da sociedade civil.

---

[278] Consulta realizada no sítio eletrônico oficial do governo federal: http://ctnbio.mctic.gov.br/participacao-publica (Último acesso em 07.04.2021).

[279] A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.526 conta apenas com os votos do Ministro Relator Nunes Marques e do Ministro Edson Fachin, proferidos em setembro de 2021, tendo o julgamento sido interrompido pelo pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes.

[280] A esse respeito, cita-se o seminário apresentado por Carolina Moro, Lidiane Mazzoni e Marcos Patullo, a respeito das audiências e consultas públicas na Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, durante o curso "Aspectos Jurídicos e Políticos da Regulação Econômica", ministrado peloprofessor Diogo Coutinho, na pós-graduação da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no departamento de direito econômico e financeiro, na sessão referente à Regulação e democracia: formas deaccountability e participação no Estado regulador. O estudo empírico realizado a partir da análise de quatorze audiências públicas e de setenta e cinco consultas públicas, realizadas entre 2014 e 2020,permite inferir a baixa efetividade do mecanismo no setor

Contudo, é no campo do direito ambiental que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mais tem se debruçado no debate acerca do alcance da participação social no processo decisório administrativo em questões de grave risco. De um lado, no que se refere à composição plural dos órgãos administrativos deliberativos, se encontra pendente a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 623[281]. De outro lado, quanto às audiências e consultas públicas, merece destaque o debate ocorrido no plenário durante o julgamento da Ação Cível Originária nº 876-0[282].

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 623 questiona a constitucionalidade do decreto nº 99.274/19, que alterou a composição do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA. Em sua exposição de motivos, o Ministério do Meio Ambiente destaca que a existência aproximada de cem titulares no órgão seria a causa direta para que tenham sido aprovadas apenas quatorze resoluções entre 2017 e 2018, "revelando-se absolutamente ineficiente e errático o processo de definição de normas e padrões ambientais, cuja demora e inadequação prejudicam enormemente a proteção ao meio ambiente". Ainda segundo o governo federal, "o princípio da eficiência administrativa aponta para a necessidade de aprimoramento do Conselho"[283].

Diante desses fundamentos, o ato normativo reduziu os assentos das entidades da sociedade civil, dos estados e dos municípios, além de alterar os critérios e o tempo de duração dos mandatos. Segundo a Procuradoria Geral da República, autora da demanda, houve redução de oitenta por cento dos assentos destinados à sociedade civil, o que compromete os preceitos fundamentais da isonomia, da proteção ao meio ambiente e da participação popular direta, a ponto de inviabilizar a função de controle social do órgão colegiado. Além disso, o antagonismo de forças existentes na própria sociedade civil teria deixado de ser refletida na composição do órgão administrativo deliberativo, que teria passado a funcionar notadamente como um espaço de defesa dos interesses da União.

O governo federal, por sua vez, sustenta que o ato normativo teria respaldo direto no poder discricionário da chefia do Poder Executivo de exercer a direção superior da Administração Pública (CRFB, artigo 84, inciso II) e de, mediante decreto, dispor sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de

---

[281] Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 623, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado parcialmente em 15/03/2021, publicado no DJe em 22/03/2021.

[282] Ação Cível Originária nº 876-MC, Relator Ministro Menezes Direito, julgado em 19/12/2007,publicado no DJe em 03/03/2018.

[283] Para consulta da íntegra, ver: Exposição de Motivos nº 00021/2019, do Ministério do Meio Ambiente, contida na Nota SAJ nº 285/2019/CGIP/SAJ/SG/PR.

despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos (CRFB, artigo 84, inciso VI, alínea “a”). Assim, à luz do princípio da Separação de Poderes, a Advocacia Geral da União defende a inviabilidade do controle judicial da reorganização administrativa, que privilegiaria o princípio da eficiência do serviço público.

A ministra relatora Rosa Weber votou no sentido da inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, sob o fundamento de que “obstaculizam, quando não impedem, as reais oportunidades de participação social na arena decisória ambiental, ocasionando um déficit democrático, procedimental e qualitativo, irrecuperável”. A ministra destacou que a reorganização imposta pelo decreto altera, desproporcionalmente, a distribuição de forças do Conselho Nacional do Meio Ambiente, passando o governo federal a deter quarenta e três por cento dos assentos, em comparação com trinta por cento estabelecidos na norma anterior. A concentração de poderes pelo Poder Executivo federal, ainda que pautado no permissivo do artigo 84, incisos II e VI, alínea “a” da Constituição Federal, representaria faceta vedada do fenômeno do constitucionalismo abusivo.

A relatora apresenta, por fim, excerto da Opinião Consultiva – OC 23/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, formulada em resposta à República da Colômbia, em que destaca que “a participação pública (...) melhora a eficiência e credibilidade dos processos governamentais”. Além disso, no contexto da tutela às populações indígenas, o documento exige que “os membros do povo tenham conhecimento dos possíveis riscos, incluídos os riscos ambientais e de salubridade, para que possam opinar sobre qualquer projeto que possa afetar seu território dentro de um processo de consulta com conhecimento e de forma voluntária”.

Após a leitura do voto da ministra relatora Rosa Weber, que foi acompanhado integralmente pelos ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Marco Aurélio, o ministro Nunes Marques pediu vista, suspendendo o julgamento. A despeito disso, em dezembro de 2021, a ministra relatora deferiu medida liminar para suspender a eficácia do decreto federal impugnado até que sobrevenha o julgamento definitivo de mérito. A questão objeto deste processo envolve justamente o conflito aparente entre o princípio da eficiência e o vetor da participação social. A Advocacia Geral da União argumenta que a decisão administrativa estaria pautada no princípio da eficiência, diminuindo pontos de veto e acelerando o processo deliberativo do Conselho Nacional do Meio Ambiente. Não obstante, na mesma linha da ministra relatora Rosa Weber, este trabalho defende que o princípio da eficiência é concretizado de forma qualitativamente mais abrangente em processos

administrativos plurais, que assegurem a participação social, ao menos no âmbito do direito administrativo do risco, como é o caso do direito ambiental.

Noutro giro, quanto ao alcance das audiências públicas em matéria ambiental, a questão foi enfrentada de forma direta pelo Plenário da Suprema Corte nos autos da Ação Cível Originária nº 876-0. A demanda discutia a regularidade do processo administrativo de licenciamento ambiental para o projeto de integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional. A obra federal era parte integrante do Programa de Aceleração do Crescimento, pretendia solucionar o problema da seca dos estados da região do semiárido e enfrentava forte resistência em virtude dos riscos ambientais e dos potenciais prejuízos aos estados de Minas Gerais, da Bahia e de Sergipe.

Nesse contexto, o Ministério Público Federal, a Ordem dos Advogados do Brasil e diversas associações da sociedade civil questionaram junto ao Poder Judiciário licenças ambientais expedidas pelo Governo Federal, dentre outras razões, pela insuficiência da participação social. Para estes órgãos, seria necessária a realização de estudos de impacto ambiental e de audiências públicas prévias à concessão da licença, considerando suas incertezas técnico-científicas[284]. Diante do caráter federativo do litígio, o Supremo Tribunal Federal fixou sua competência para julgamento dos processos, sob a relatoria do ministro relator Sepúlveda Pertence, que reconheceu ilegitimidade ativa da Ordem dos Advogados do Brasil e das associações da sociedade civil e, quanto à ação proposta pelo Ministério Público Federal, rejeitou o pedido liminar de suspensão das obras.

Após a interposição de recurso, o tema foi levado ao plenário da Suprema Corte. Diante da aposentadoria do relator, o processo foi redistribuído ao ministro Menezes Direito, que manteve a decisão monocrática em sua integralidade. Em seu voto, destacou que o projeto já havia cumprido parte significativa das condicionantes ambientais e que "o sucesso da obra dependerá de uma eficiente fiscalização por parte do Estado no sentido de garantir a devida proteção ao meio ambiente para assegurar que a natureza e as sociedades a serem envolvidas não serão prejudicadas". Assim, mesmo diante dos graves riscos envolvidos, o relator reconheceu a impossibilidade de o Poder Judiciário substituir o Poder Executivo, ou de exigir a realização de audiências públicas.

Em linha oposta, o ministro Ayres Britto apresentou voto divergente, não apenas para reconhecer a legitimidade ativa da Ordem dos Advogados do Brasil e das associações civis,

---

[284] Como bem sintetizado pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto neste julgamento, ao mencionar o princípio da precaução, "evidentemente, pode-se dizer que todas as opções envolvem riscos. Será uma platitude, um truísmo. Diria o poeta que viver é arriscado. Portanto, não há certeza em todas as posições".

mas também para determinar a suspensão imediata das obras. Segundo o ministro, o projeto representaria complexo plano nacional de desenvolvimento, que demandaria a incidência do princípio da precaução. Desse modo, apenas poderia ser conferida licença ambiental após autorização do Congresso Nacional e realização de audiências públicas, as quais não foram observadas e representam condicionante "eminentemente democrática e que perpassa os poros todos da Constituição brasileira".

A despeito dos argumentos apresentados pelo ministro Ayres Britto, apenas o acompanharam os ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio. Dessa forma, as audiências públicas e a autorização do Congresso Nacional foram dispensadas, com o aval do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro. De todo modo, para além do precedente do Supremo Tribunal Federal, estudo realizado por pesquisadores do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA detalha a relevância e o alcance da participação social na construção do arranjo institucional que viabilizou o projeto de integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional[285].

A pesquisa, coordenada pelos professores Alexandre de Ávila Gomide e Roberto Rocha Pires, é voltada especificamente ao estudo das políticas públicas de grande vulto em andamento no Brasil a partir da Constituição de 1988. O seu objetivo seria retratar em que medida o desenvolvimentismo dos anos 2000 entrou em choque com os novos valores democráticos. Para isso, foi coordenada análise empírica de diversos projetos de âmbito nacional desenvolvidos nas últimas décadas: Programa Minha Casa, Minha Vida; Programa de Integração da Bacia do Rio São Francisco; Projeto da Usina Hidrelétrica de Belo Monte; Programa de Revitalização da Indústria Naval; Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel; Plano Brasil Maior; Programa Bolsa Família; e Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec).

No caso específico do precedente firmado pela Suprema Corte, os pesquisadores destacam a centralidade dos debates ocorridos no Comitê de Bacia Hidrográfica do São Francisco, que canalizou institucionalmente os interesses federativos e comunitários contrapostos[286]. Dentre as composições políticas e sociais determinantes para a

---

[285] LOUREIRO, Maria Rita; TEIXEIRA, Marco Antonio; FERREIRA, Alberto. Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas. Orgs. GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha C. Brasília: IPEA, 2014, p.137-160.

[286] "De um lado, as audiências públicas responderam mais a dúvidas que a questionamentos e, de outro, assumiram um papel altamente politizado, na medida em que foram usadas por certos opositores como arma política para tentar inviabilizar a efetivação do projeto. Na medida em que a realização da audiência pública era condição para a aprovação da licença prévia do PISF, estes opositores boicotaram a realizaçãode muitas delas para, em seguida, ingressar com ação no STF, solicitando a cassação da licença prévia do projeto, com

implementação da obra, concebida durante as reuniões do referido comitê, aponta-se a inclusão da revitalização da bacia hidrográfica em seu escopo. Após a superação das resistências, o presidente do comitê celebrou "o reconhecimento dos comitês não como instâncias apenas de fachada e homologatórias de uma falsa democracia das águas, mas sim como uma nova forma de praticar a democracia no Brasil em sua dimensão participativa conforme pensado no último processo constituinte"[287].

O estudo compara as disputas ocorridas na construção do consenso em torno do projeto com o planejamento das hidrelétricas de Sobradinho e Itaipu na década de 1970, antes, pois, do processo de redemocratização. Segundo os autores da pesquisa, é evidente a maior preocupação com todos os interesses sociais e ambientais envolvidos, o que seria uma consequência imediata da ampliação da participação[288]. Além disso, também é sublinhado o incremento democrático do processo em virtude da existência de atores institucionais responsivos a demandas específicas – IBAMA, INCRA, FUNAI e FUNASA – e atores institucionais controladores – Tribunal de Contas da União, Ministério Público Federal e Controladoria Geral da União.

Nesse contexto, o discurso comum, mesmo entre juristas[289], de que a participação social não seria necessária ou funcionaria como mera alegoria democrática deve ser superado diante de questões de elevado risco. Como explicita a professora Danielle Rached, o discurso da *accountability* aparece, no mais das vezes, equivocadamente, em segundo plano, atuando na retaguarda de fenômenos de primeira ordem, como o constitucionalismo e o Estado de Direito[290]. A participação social assegura o incremento democrático no debate técnico em questões que não admitam única resposta correta e, ainda, estimula a confiança da opinião pública nas agências reguladoras, prevenindo embates com as instâncias políticas.

Assim, como sugerem os coordenadores da obra "Capacidades Estatais e Democracia – Arranjos Intitucionais de Políticas Públicas", Alexandre Gomide e Roberto Pires[291], uma

---

base no argumento de que as audiências não foram realizadas. Esta estratégia, entretanto, fracassou, pois os recursos ao STF foram negados." (LOUREIRO, Maria Rita; TEIXEIRA, MarcoAntonio; FERREIRA, Alberto. Ibidem, p.154).

[287] LOUREIRO, Maria Rita; TEIXEIRA, Marco Antonio; FERREIRA, Alberto. Ibidem, p.147.

[288] LOUREIRO, Maria Rita; TEIXEIRA, Marco Antonio; FERREIRA, Alberto. Ibidem, pp.153-154.

[289] A questão foi debatida durante o curso "Aspectos Jurídicos e Políticos da Regulação Econômica", ministrado pelo professor Diogo Coutinho, na pós-graduação da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no departamento de direito econômico e financeiro, na sessão referente à Regulação edemocracia: formas de accountability e participação no Estado regulador.

[290] RACHED, Danielle. The Concept(s) of Accountability: Form in Search of Substance. Leiden Journal of International Law, 2016, 29(2), 317-342.

[291] "Nesse sentido, o reencontro entre ativismo burocrático e democracia que se verifica atualmente no Brasil suscita uma série de questões. Será possível a um Estado executar políticas desenvolvimentistas e, ao mesmo

possível resposta para o problema da participação social, no âmbito do direito administrativo do risco, parte da noção de "capacidades estatais". Para os autores, em linha com o que defendido neste trabalho, a perspectiva da capacidade tecnicista é insuficiente em uma democracia, demandando o fortalecimento de outra capacidade estatal, a *accountability*[292]. Há, portanto, oposição ao ideal clássico de eficiência centrado nos *experts* e abertura gradual à construção da perspectiva que contemple a participação efetiva dos "leigos" na construção das decisões administrativas.

Nesse sentido, inclusive, caminhou a lei federal nº 13.655/18, ao acrescentar os artigos 26 e 29 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. À luz do processo de ressignificação do princípio da eficiência, que contempla a participação social, o diploma normativo assegura expressamente a utilização de consultas públicas para edição de atos normativos ou para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença. O artigo 18 do decreto nº 9.830/19, ao regulamentar a lei, ainda descreve o procedimento a ser adotado. Em suma, o direito positivo brasileiro avança no sentido do amadurecimento da participação social, o que, porém, ainda produz efeitos práticos tímidos. O direito administrativo do risco estuda justamente este processo e isso não significa chamar espíritos no vasto fundo.

3.4 Conclusões Parciais: os impactos do direito administrativo do risco sobre o princípio da eficiência

A entrevista de William Ruckelshaus, reproduzida no início deste capítulo, ainda no ano de 1984, dá conta dos desafios enfrentados pelos gestores públicos a partir da introdução da disciplina dos riscos no direito administrativo. O primeiro presidente da história da agência reguladora de proteção ambiental dos Estados Unidos da América ("EPA") enfrentava, em

---

tempo, proteger direitos e interesses de minorias? Como ampliar a participação dos diversos atores políticos, econômicos e sociais nos processos decisórios e no controle das políticas públicas sem que se produzam ineficiências, distorções ou impasses? Como conciliar as distintas dimensões do desenvolvimento (econômica, social, política, ambiental), respeitando-se os múltiplos interesses dosatores que compõem a sociedade, sem violar liberdades garantidas por um regime pluralista e democrático?" (GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha C. Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas. Brasília: IPEA, 2014, p.16).

[292] "No contexto democrático, entende-se que a capacidade pode ser entendida a partir de dois componentes: o técnico-administrativo e o político. O primeiro deriva do conceito weberiano de burocracia, contemplando as competências dos agentes do Estado para levar a efeito suas políticas, produzindo ações coordenadas e orientadas para a produção de resultados. O segundo, associado à dimensão política, refere-se às habilidades da burocracia do Executivo em expandir os canais de interlocução, negociação com os diversos atores sociais, processando conflitos e prevenindo a captura porinteresses específicos. (GOMIDE; PIRES. Op.Cit., p.20).

seu segundo mandato, dificuldades em demonstrar a suficiência das condições técnicas exigidas para uso de determinada espécie de pesticida. O produto vinha sendo objeto de diversos ataques por parte da imprensa, com veiculação de imagens supostamente sensacionalistas quanto a seus efeitos, o que levou à intensa pressão popular para revisão da decisão administrativa da agência reguladora.

A partir desse exemplo, citado na obra de Stephen Breyer, o professor ilustra o ciclo vicioso que se construiria na relação entre a sociedade civil, o Congresso Nacional e as agências reguladoras. Em resposta comum a cenários de incerteza técnico- científica, o entrevistado responde que "se o que eles [sociedade civil] querem são informações absolutas, não podemos dar a eles". A leitura do princípio da eficiência subjacente ao discurso é justamente a que se pretendeu refutar ao longo deste capítulo. A ausência de "informações absolutas" não é um problema em si, mas sim contingência da "sociedade de riscos mundial" de Ulrich Beck. A bem da verdade, o real problema, explorado neste trabalho, é perquirir qual o papel do Estado e do direito administrativo diante de cenários em que há carência de "informações absolutas" que resguardem a sociedade acerca dos possíveis efeitos de determinada decisão pública.

Diante da inexistência de "informações absolutas", como destacado por William Ruckelshaus, defende-se os instrumentos fornecidos pelo direito administrativo do risco e estudados ao longo deste capítulo. A aversão ao erro e a crença de que os *experts* fornecerão a única resposta correta já não atendem mais aos anseios do século XXI. O reconhecimento do espaço legítimo do erro administrativo permite desejado experimentalismo entre gestores públicos, ampliando a sua curva de aprendizado. Os influxos da *accountability*, por sua vez, asseguram a participação social, pelas vias institucionais, ampliando o debate público e a própria efetividade de decisões administrativas, em questões que não admitam uma única resposta correta. Assim, a partir desses dois primas, oriundos da releitura do princípio da eficiência, será possível melhor delinear problemas dessa natureza.

É justamente nesse sentido que devem ser compreendidas as reformas promovidas pela lei federal nº 13.655/18 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que consolidaram importantes tendências doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas. A conformação orientada para o contexto do direito administrativo do risco do princípio da eficiência deve estimular a inovação na gestão pública, reservando a responsabilização aos casos de dolo ou de erro grosseiro, na forma da cláusula geral do erro administrativo. Do mesmo modo, a participação social deverá ser ampliada e fortalecida, com a expansão de

audiências e de consultas públicas, além da garantia da composição plural de órgãos administrativos.

A releitura do princípio da eficiência é, pois, essencial para que o Estado e o direito administrativo brasileiro, tal como configurados, continuem a fornecer as respostas adequadas aos desafios contemporâneos, sem descuidar do dever permanente de evitar catástrofes. Nesse sentido, acredita-se que o reconhecimento, pelo gestor público e pelos órgãos de controle, da possibilidade do erro, bem como sua exposição franca à imprensa e à sociedade civil não são necessariamente parte de um ciclo vicioso, que precisa ser a todo custo corrigido pelos profissionais do Direito. Por essas razões, portanto, é que se sustenta que o princípio da eficiência deverá percorrer novos caminhos.

4 A INTRODUÇÃO DA DISCIPLINA DO RISCO E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA: COMO CONCILIAR VALORES APARENTEMENTE INCONCILIÁVEIS?

> *"As novas realidades do século XXI não mais permitem o projeto de Estado tradicional, mas, ao contrário, exigem a proliferação de fontes inovadoras e diversas de normas e de estratégias. As abordagens da Nova Governança são também necessárias para lidar com o aumento da velocidade da mudança na nova economia. Flexibilidade e adaptabilidade são fundamentais para se manter competitivo no mercado globalizado. A inovação científica, associada às tensões imprevisíveis da competição acirrada, demanda técnicas que incorporem mudanças e melhorias constantes"*
> (ORLY LOBEL – Tradução Livre)[293].

4.1 O princípio da Segurança Jurídica e seus novos caminhos

A segurança jurídica é princípio de caráter plurissignificativo e não deve ser reduzida a ideias de certeza e de ordem. A professora Patrícia Baptista propõe que sua sistematização passa necessariamente pelo trinômio acessibilidade, previsibilidade e estabilidade, tanto da produção como da aplicação do direito. Em síntese, as normas em um Estado de Direito precisam ser claras e dotadas de publicidade, evitar a surpresa dos cidadãos a ela submetidos e observar condições específicas e predeterminadas para que possam ser eventualmente alteradas[294]. Historicamente, a própria concepção de segurança jurídica guarda estrita relação com o advento do Estado Liberal e a consequente necessidade do controle de seus eventuais excessos por meio da Legalidade[295].

Não por outra razão, a análise do direito comparado permite inferir que se trata de princípio extraído diretamente da cláusula do Estado de Direito. No caso brasileiro, a professora Patrícia Baptista destaca sua expressa menção no preâmbulo, no artigo 5º, *caput*, e, mais recentemente, no artigo 103-A, §1º, da Constituição Federal de 1988[296]. Além disso, os

---

[293] These twenty-first century realities no longer allow for the traditional statist project, but rather require the proliferation of newly diverse sources of norms and strategies.47 New governance approaches are alsoneeded to address the increased speed of change in the new economy. Flexibility and adaptability are key in remaining competitive in the globalized market. Scientific innovation, as well as unpredictable strains of heightened competition, require techniques which incorporate constant change and improvement. (LOBEL, Orly. Op Cit, pp.17-18 – Texto original).

[294] BAPTISTA, Patrícia. Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo – Análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. 1ª ed. *CreateSpaceIndependent Publishing Platform*, 2014, pp.64-65.

[295] Para análise aprofundada da evolução dos direitos fundamentais, ver: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales – Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

[296] BAPTISTA, Patrícia. Op.Cit. 2014, p.48-56.

cânones interpretativos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, positivados no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988 e no artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, também são emanações indiretas do princípio da segurança jurídica.

Contudo, essa noção mais tradicional vem passando por adaptações necessárias aos tempos atuais. Como destaca a doutrina especializada, os contornos estabelecidos pelo Estado Liberal à noção de segurança jurídica deram seus primeiros sinais de crise a partir do Estado Social, o qual testemunhou que a Legalidade possui limite[297]. Não é que o trinômio acessibilidade, previsibilidade e estabilidade esteja perdendo relevância, mas sim que está sofrendo processo de ressignificação. As novas demandas por complexidade e por celeridade da "sociedade de riscos mundial" de Ulrich Beck exigem a reconfiguração da segurança jurídica no século XXI. Por essa razão, os estudiosos do direito administrativo vêm desenvolvendo suas novas fronteiras.

Sob esta perspectiva, atribuindo balizas mais sólidas ao sentido contemporâneo de segurança jurídica, a professora Sofia Ranchordás defende a passagem de uma concepção estática para outra dinâmica do princípio no século XXI[298]. Diante de um mundo em acelerada e constante transformação, normas estatais precisam acompanhar, em alguma medida, este ritmo de atualização, sob pena de sua completa inefetividade. A autora diagnostica, porém, que o Estado está em descompasso com as transformações em curso na sociedade. As razões para o fenômeno são apontadas em seu trabalho: a lentidão proposital do processo legislativo, as limitações institucionais das agências reguladoras e a aversão dos agentes estatais, de modo geral, ao experimentalismo.

Nesse mesmo contexto, Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, em trecho citado pela exposição de motivos da lei federal nº 13.655/2018, que alterou a Lei de

---

[297] "No Estado liberal, a segurança conferida pelo direito era a segurança da legalidade. A segurança jurídica, então, era sinônimo de segurança através do direito. Tal conceito formalista de segurança jurídica, porém, não sobreviveu à constatação de que o próprio direito não constitui em si mesmo uma ordem segura (BAPTISTA, Patrícia. Op.Cit. 2014, p.17).

[298] Nas palavras da autora, "Em terceiro lugar, um conceito estático de segurança jurídica faz pouco sentido no século XXI. Particularmente nas últimas décadas, o conceito de segurança jurídica evoluiu e também a consciência de que, em uma sociedade em rápida transformação, as leis são incapazes de acompanhar os desenvolvimentos sociais e tecnológicos e prever todos os fenômenos aos quais seaplicam. É necessário ajustar constantemente o texto jurídico à realidade social, o que significa que a segurança jurídica deve ser interpretada de forma dinâmica. Nesse cenário, há argumentos que sugerem que a legislação experimental pode representar uma "bênção" para a segurança jurídica: experimentar podeser uma opção melhor do que emendas abruptas, pode ser uma fonte de evidência e experiência que pode embasar uma legislação melhor e evitar revisões legais futuras mais prejudiciais." (RANCHORDÁS, Sofia. Sunset clauses and experimental regulations: blessing or curse for legal certainty? Statute Law Review, 2015, v.36, nº 01, p.41 – Tradução livre.

Introdução às Normas do Direito Brasileiro, apontam, dentre os fatores de distorção do processo de tomada de decisão administrativa contemporânea – vinculados à ideia de segurança jurídica aqui dita incompatível com a atual quadra histórica –, o alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas, a tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico- públicas; e a instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle[299].

O fenômeno, alcunhado por Eduardo Vianna, de desconexão regulatória, seria verificado em situações em que ocorre "o rompimento entre o arcabouço normativo-regulatório existente em face da nova realidade trazida pela inovação"[300]. Em outras palavras, o século XXI intensifica o problema do tênue equilíbrio entre inefetividade e instabilidade normativa. Se de um lado a norma precisa ser estável para garantia da segurança jurídica, de outro, a demora excessiva em sua atualização pode torná-la sem qualquer utilidade prática. Nesse contexto, a concepção dinâmica do princípio da segurança jurídica defende o avanço de normas temporárias e experimentais para regulação de matérias de duração determinada ou oriundas de inovações disruptivas.

Para Sofia Ranchordás, constatada a inevitabilidade da mudança, o direito administrativo deveria romper com a concepção tradicional e estática de segurança jurídica que permeou o Estado Liberal, apostando em perspectiva dinâmica e flexível, mais consentânea com a contemporaneidade. O gênero das leis temporárias (*temporary legislation*) seria parte essencial do novo modelo, promovendo a maior relativização da estabilidade normativa em prol de sua efetividade. O gênero seria subdividido em duas espécies: cláusula de revisão (*sunset clauses*) e legislação experimental (*experimental legislation*). A primeira tem que ver com o aspecto temporal, consistindo em normas com previsão expressa de seu termo final e do dever de avaliação *ex post* da conveniência e oportunidade de sua prorrogação. A segunda, por seu turno, concentra-se no aspecto espacial, representando normas específicas para determinado grupo de pessoas ou território por prazo certo, com dever de avaliação *ex post* da conveniência e oportunidade de sua expansão para toda a coletividade.

A autora exemplifica as novas categorias a partir de precedente da Corte Constitucional alemã, berço da construção jurisprudencial do princípio da segurança jurídica.

---

[299] SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Op.Cit., p. 278.

[300] VIANNA, Eduardo Araujo Bruzzi. Regulação das Fintechs e Sandboxes Regulatórias. Dissertação de Mestrado, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, p.16, 2018.

Nesse julgamento, em síntese, os ministros reconheceram a constitucionalidade da criação de marco normativo federal da saúde geriátrica, por meio do qual se pretendia expandir a capacitação de enfermeiros para atendimento a idosos. O governo federal acreditava que a delegação irrestrita aos estados da competência para regulação dessa matéria teria gerado assimetrias fáticas e jurídicas, tornando a profissão menos atrativa. Com a reforma normativa, a expectativa era de que o crescimento do mercado profissional de geriatria acompanhasse a tendência verificada de envelhecimento populacional. O Tribunal, por unanimidade, compreendeu que a matéria envolvia interesse nacional na unidade econômica daquele mercado[301].

Pois bem. À luz desse marco normativo federal, Sofia Ranchordás destaca que, em um dos pontos em julgamento, a Corte Constitucional alemã enfrentou a validade de regra experimental, com espaço delimitado de duração, para o teste de formas integradas e gerais de treinamento dos profissionais da área ocupacional geriátrica, com novos conteúdos e especializações em nível nacional. Segundo a professora, a Corte reconheceu expressamente a necessidade de aderência das normas estatais às reais necessidades da coletividade, em especial em questões complexas relacionadas ao envelhecimento populacional[302]. Por isso, os ministros afirmaram a constitucionalidade da lei, revelando, portanto, a faceta dinâmica do princípio da segurança jurídica.

A despeito da crença na potencial evolução desses instrumentos normativos, Sofia Ranchordás também reconhece suas limitações. De um lado, cláusulas de revisão (*sunset clauses*) com prazos curtos diminuiriam a estabilidade quanto à expectativa de retorno dos investidores e, por consequência, tenderiam a reduzir o interesse capitalista. De outro lado, legislações experimentais (*experimental legislation*) incentivariam a criação de "ilhas" territoriais de inovação, com potencial aumento das desigualdades sociais entre regiões do país. As referidas críticas, inclusive, encontram potencial amparo em normas da Constituição Federal de 1988, que prestigia o princípio da livre iniciativa (CRFB, artigos 1º, inciso IV, 5º,

---

[301] Os contornos principais do caso foram extraídos de: RAU, Markus. Subsidiarity and Judicial Review in German Federalism: The Decision of the Federal Constitutional Court in the *Geriatric Nursing Act* Case. German Law Journal, Cambridge University Press, v.04, 2003, pp.223-236.

[302] Em seu trabalho, a autora reproduz excerto esclarecedor do precedente: "[O Poder Legislativo], quando questionado pela necessidade de regular novos fenômenos, não deve ser limitado por precedentes existentes e tradicionais que não refletem a sociedade moderna e seus interesses comuns, mas deve antes assegurar uma modificação oportuna das regulações a fim de incorporar a elas a mudança." CorteConstitucional Alemã, 2 BvF 1/01 (24.10.2002), parágrafos 21016 (na regulação de cuidados geriátricos)". (RANCHORDÁS, Sofia. Op.Cit., p.38 – Tradução livre).

inciso XXII e 170, inciso IV) e o princípio federativo (CRFB, artigos 1º, 18, 19, inciso III, 60, §4º, inciso I, 151, inciso III e 152).

Esses problemas, porém, não parecem insuperáveis. A forma de seu combate já vem sendo concebida pelo direito administrativo e ganhará novos contornos diante do avanço dos riscos: trata-se da noção de confiança legítima[303]. Diante de reformas normativas com duração temporal e alcance espacial cada vez mais reduzidos, deve ser possível tutelar as expectativas geradas, ainda que não preenchidos todos os requisitos previstos na legislação, sem que se inviabilize o inevitável processo de mudança que caracteriza o século XXI. No direito administrativo brasileiro, a professora Patrícia Baptista defende a utilidade da confiança legítima como ferramenta apta a proteger os cidadãos em face de atos administrativos discricionários e válidos[304].

Esta, inclusive, parece ter sido a vocação da reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, promovida pela lei federal nº 13.655/2018, a qual reforçou a perspectiva dinâmica da segurança jurídica no país diante da complexidade da atividade normativa[305]. Dentre suas principais alterações, o legislador incluiu a garantia de regimes de transição justos e razoáveis em seu artigo 23, "sempre que houver imposição de novo dever ou condicionamento a direito". No ponto, Floriano de Azevedo Marques Neto[306] destaca que a modulação temporal dos efeitos assegurada pela lei federal nº 13.655/2018 está em linha com o ordenamento jurídico brasileiro, que prevê idêntica técnica decisória em sede de controle de constitucionalidade e de superação de precedentes judiciais.

A preocupação com a perspectiva dinâmica da segurança jurídica é tão evidente que o legislador passou a tutelar até mesmo expectativas, a princípio, ilegítimas ou em desconformidade ao Direito. Os artigos 24 e 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro expressamente reconhecem possibilidade de modulação de efeitos decorrentes da decretação da invalidade de decisões administrativas, inclusive com a celebração de compromisso. De fato, se mesmo neste cenário é admitida a relativização em respeito à

---

[303] Nesse sentido, a professora Patrícia Baptista destaca a origem do princípio no Direito Privado,associada à velocidade do mundo contemporâneo: "A guinada do direito privado contemporâneo em direção à tutela da confiança está intimamente relacionada ao surgimento das novas relações contratuais de massa. A impessoalidade e a velocidade dos contratos (...) são alguns dos fatores que comprometem a obtenção de dados precisos sobre o objeto do contrato e, bem assim, a capacidade de compreensão de todas as implicações do vínculo contratual" (BAPTISTA, Patrícia. Op.Cit., pp.101-102).

[304] BAPTISTA, Patrícia. Op.Cit., pp.400-403.

[305] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB: o equilíbrio entre a mudança e a previsibilidade na hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo – Edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (lei nº 13.655/2018), pp.97-98, nov.2018.

[306] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ibidem, 2018, pp.106-107.

perspectiva dinâmica da segurança jurídica, é evidente que a aplicação do artigo 23, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro incidirá diante de decisão de conteúdo discricionário que envolva cenários de incerteza técnico-científica. A compensação posterior por "benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos", extraída do artigo 27 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, também reflete a faceta da tutela das legítimas expectativas[307], consentânea com o direito administrativo do risco, que exige a transitoriedade e flexibilidade das soluções jurídicas.

Para tanto, o trinômio acessibilidade, previsibilidade e estabilidade deve ser redimensionado à luz das necessidades de normas experimentais e temporárias. Entre a garantia da segurança jurídica tradicional e a própria efetividade da regulação, deve-se buscar soluções mais dinâmicas, que incentivem a inovação sem deixar de tutelar as expectativas legítimas por meio da noção de confiança e de regimes de transição justos. Em linha com a ideia já explorada da singularidade do "risco", a professora Sofia Ranchordás também defende a importância de maior restrição e objetividade quanto ao alcance do experimentalismo, que deve ser reservado a questões que efetivamente dele necessitem, visando ao equilíbrio entre efetividade e estabilidade normativa.

É a essa perspectiva dinâmica do princípio da segurança jurídica, reservada a cenários específicos que demandem gestão de riscos e de inovações, que se dedica este capítulo. Os próximos tópicos detalharão o gênero das leis temporárias (*temporary legislation*) e sua utilização especialmente no direito administrativo brasileiro. Em razão dos limites deste trabalho, o tema será dividido sob as perspectivas temporal e espacial, sempre tendo em vista cenários de incerteza. Sob o prisma temporal, serão abordadas as potencialidades da cláusula de revisão (*sunset clauses*) e da legislação experimental (*experimental legislation*). Por outro lado, sob o prisma espacial, serão refletidas as potencialidades da forma de Estado federalista como catalisadora de inovação no âmbito do direito administrativo do risco.

4.2 Perspectiva temporal: as normas temporárias

As normas temporárias são todas aquelas que possuem sua vigência previamente fixada pelo legislador, com duração determinada a partir de uma data ou de um evento específico. Elas não são estranhas ao ordenamento jurídico brasileiro, que já em suas

---

[307] SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB – Quem paga pelos riscos do processo?. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo – Edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (lei nº 13.655/2018), pp.171-201, nov.2018.

metanormas – voltadas a estabelecer a forma pela qual outras normas devem ser aplicadas – encontram expresso amparo legislativo. De fato, a redação original da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 2º, já disciplinava os atos normativos destinados à "vigência temporária". Também o Código Penal, em sua Parte Geral, no artigo 3º, regula de forma genérica sua produção de efeitos, reconhecendo a aplicação a todo e qualquer fato praticado durante sua vigência.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 foi promulgada com normas de caráter temporário, previstas no Ato de Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. O texto constitucional regula, ainda, espécies ordinárias de atos normativos que podem ser destinados à vigência temporária, como a medida provisória (CRFB, artigo 62); e outros vocacionados à duração por prazo determinado, como as leis orçamentárias anuais, as leis de diretrizes orçamentárias e os planos plurianuais (CRFB, artigo 165). Além disso, o constituinte criou regimes excepcionais, de duração limitada, por meio das regras atinentes à intervenção federal (CRFB, artigos 34 ao 36), ao estado de defesa (CRFB, artigo 136) e ao estado de sítio (CRFB, artigo 137). A Emenda Constitucional nº 109/21 cria, ainda mais recentemente, dois novos regimes fiscais destinados à vigência temporária: o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações (CRFB, artigo 167-B e seguintes) e o regime previsto em seu artigo 167-A.

Ademais, a pandemia do novo coronavírus ampliou o debate acerca do tema e renovou os exemplos de normas temporárias. No âmbito do direito civil, a lei federal nº 14.010/20 introduziu o Regime Jurídico Especial e Transitório – RJET com a modulação temporal de diversas normas, inclusive do Código Civil. O artigo 1º expressamente indica que a legislação permaneceria vigente durante a pandemia da COVID-19 e, em alguns casos, até outubro de 2020. No campo do direito financeiro e contratações públicas, foi aprovado regime extraordinário por meio da Lei Complementar nº 173/20, que instituiu diversas restrições a todos os entes federativos, tendo sua constitucionalidade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, tanto em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, quanto em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.

No âmbito do direito público, a lei federal nº 13.979/20 permitiu a flexibilização do processo de contratação administrativa e a concretização do poder de polícia estatal, orientando a edição de normas pelos demais entes federativos. Também em sua redação havia expressa indicação de vigência temporária, produzindo efeitos "enquanto perdurar o estado de emergência internacional pelo coronavírus responsável pelo surto de 2019". Diante do relativo sucesso das medidas ali implementadas, o Supremo Tribunal Federal houve por bem prorrogar, cautelarmente, sua vigência a despeito de manifestação do Congresso Nacional

nesse sentido[308]. Para Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Erick Halpern, este seria um exemplo virtuoso do uso de *sandbox* regulatório no âmbito do direito administrativo contratual[309].

No plano infralegal também há previsão de direitos que existem para vigorar por lapso temporal determinado, face aos possíveis riscos decorrentes de seu exercício. O direito ambiental, em linha com o princípio da precaução, prevê hipóteses em que licença – ato administrativo cuja nota distintiva seria a impossibilidade de sustação por motivo de conveniência e oportunidade – já concedida a determinado empreendimento pode ser suspensa ou até mesmo cancelada em razão da "superveniência de graves riscos ambientais e de saúde" (Resolução nº 237/97 do CONAMA, artigo 19, inciso III).

Todos esses exemplos não deixam dúvidas acerca da relevância dessa ferramenta para o ordenamento jurídico brasileiro. A crítica comum à sua utilização é, conforme já antecipado, a potencial ofensa ao princípio constitucional da segurança jurídica. Contudo, o estudo sistemático deste instituto, de suas espécies e de seu regime jurídico, permite divisar sua relevância para o direito administrativo do risco e para ressignificação da concepção tradicional da segurança jurídica. Nesse sentido, mais recentemente, foi editada a Lei Complementar nº 182/21, a qual introduziu regulamentação geral dos chamados *sandboxes* regulatórios no direito brasileiro.

A própria norma prevê, em seu artigo 2º, inciso II, definição legal do instituto, que deve observar os seguintes requisitos cumulativos: (i) conjunto de condições especiais simplificadas para pessoas jurídicas participantes; (ii) autorização temporária dos órgãos ou das entidades com competência de regulamentação setorial para desenvolver modelos de negócios inovadores e testar técnicas e tecnologias experimentais; e (iii) cumprimento de critérios e de limites previamente estabelecidos pelo órgão ou entidade reguladora e por meio de procedimento facilitado[310].

---

[308] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6625/DF, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, julgamentovirtual da medida cautelar em 08.03.2021.

[309] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O mito do "quanto mais controle melhor" na Administração Pública. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 18, n.71, p.99, out./dez. 2020.

[310] Artigo 2º, inciso II, Lei Complementar nº 182/21: "Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se: ambiente regulatório experimental (sandbox regulatório): conjunto de condições especiais simplificadas para que as pessoas jurídicas participantes possam receber autorização temporária dos órgãos ou das entidades com competência de regulamentação setorial para desenvolver modelos de negócios inovadores e testar técnicas e tecnologias experimentais, mediante o cumprimento de critérios e de limites previamente estabelecidos pelo órgão ou entidade reguladora e por meio de procedimento facilitado.

Dentre os princípios e diretrizes expressos na nova legislação, em linha com as premissas desenvolvidas neste trabalho, está a "valorização da segurança jurídica e da liberdade contratual como premissas para a promoção do investimento e do aumento da oferta de capital direcionado a iniciativas inovadoras"[311]. Além disso, conforme destacado no primeiro capítulo, a partir dos trabalhos de Mariana Mazzucato e Diogo Coutinho, o legislador aposta na "promoção da cooperação e da interação entre os entes públicos, entre os setores público e privado e entre empresas, como relações fundamentais para a conformação de ecossistema de empreendedorismo inovador efetivo"[312]. Há, inclusive, preferência legal para o "teste de soluções inovadoras por elas desenvolvidas ou a ser desenvolvidas, com ou sem risco tecnológico, por meio de licitação"[313].

É bem verdade que a regulamentação legal dos sandboxes regulatórios foi contida, delegando aos órgãos e entidades setoriais o estabelecimento de critérios para seleção ou para qualificação do regulado, de duração e alcance da suspensão da incidência das normas e das normas abrangidas[314]. A opção parece acertada, já que há níveis muito diferentes de aprimoramento institucional no desenvolvimento de projetos inovadores dentro da própria Administração Pública. Como visto no primeiro capítulo, o Banco Central do Brasil – BACEN possui diversas iniciativas nesse sentido, ao passo que outros entes sequer possuem normas internas que disciplinem este procedimento.

No ponto, ao se debruçar sobre a natureza jurídica do instituto, o professor José Vicente Santos de Mendonça destaca que se estaria diante de autorizações administrativas temporárias e vinculadas[315]. Assim, as peculiaridades deste mecanismo de atuação do Estado

---

[311] Artigo 3º, inciso II, Lei Complementar nº 182/21: "Esta Lei Complementar é pautada pelos seguintes princípios e diretrizes: incentivo à constituição de ambientes favoráveis ao empreendedorismo inovador, com valorização da segurança jurídica e da liberdade contratual como premissas para a promoção do investimento e do aumento da oferta de capital direcionado a iniciativas inovadoras."

[312] Artigo 2º, inciso II, Lei Complementar nº 182/21: "Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se: ambiente regulatório experimental (sandbox regulatório): conjunto de condições especiais simplificadas para que as pessoas jurídicas participantes possam receber autorização temporária dos órgãos ou das entidades com competência de regulamentação setorial para desenvolver modelos de negócios inovadores e testar técnicas e tecnologias experimentais, mediante o cumprimento de critérios e de limites previamente estabelecidos pelo órgão ou entidade reguladora e por meio de procedimento facilitado.

[313] Artigo 13, caput, Lei Complementar nº 182/21: "A administração pública poderá contratar pessoas físicas ou jurídicas, isoladamente ou em consórcio, para o teste de soluções inovadoras por elas desenvolvidas ou a ser desenvolvidas, com ou sem risco tecnológico, por meio de licitação na modalidadeespecial regida por esta Lei Complementar".

[314] Artigo 11, §3º, Lei Complementar nº 182/21: "O órgão ou a entidade a que se refere o caput deste artigo disporá sobre o funcionamento do programa de ambiente regulatório experimental e estabelecerá: I - os critérios para seleção ou para qualificação do regulado; II - a duração e o alcance da suspensão da incidência das normas; e III - as normas abrangidas".

[315] MENDONÇA, José Vicente Santos de. Qual a natureza jurídica dos sandboxes regulatórios? – Quandoos desafios do presente se socorrem dos métodos do passado. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo;

seriam exatamente a temporariedade e a vinculação, garantindo segurança jurídica aos investidores em inovação, mas reconhecendo a possibilidade de interrupção em caso de insucesso na tentativa do novo modelo de negócios. Dessa forma, encontra-se a conciliação possível entre permanência e mudança, calibrando o dispêndio de recursos públicos de acordo com o avanço ou não dos projetos, e não em razão simplesmente de seu insucesso. Em síntese feliz do autor, estas "são as condições do experimento, a serem respeitadas pelo laboratório e pelos sujeitos do teste".

Um exemplo de legislação experimental, no âmbito do direito administrativo, que gerou resultados positivos, é a lei federal nº 9.472/97, a qual inseriu a modalidade pregão de licitação no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, a previsão normativa era circunscrita à contratação de bens e serviços comuns no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, remanescendo a incidência da lei federal nº 8.666/93 nos demais casos. A bem da verdade, à época da edição da lei federal nº 9.472/97 já havia percepção crítica em relação à modelagem estabelecida pela lei geral de contratação da Administração Pública brasileira, que veio a se intensificar com o decorrer dos anos, levando à sua revogação, no ano de 2021, pela lei federal nº 14.133/21.

De todo modo, desde o seu nascedouro, a doutrina apontava as vantagens comparativas do pregão face às modalidades até então existentes de licitação, em especial: (i) a inversão das fases de habilitação e de julgamento; (ii) a inversão das fases de adjudicação e de homologação; (iii) a fase recursal única; e (iv) a possibilidade de disputa com lances abertos. Diante do êxito desta modalidade licitatória, a lei federal nº 9.986/00 estendeu sua incidência às agências reguladoras federais[316], e a Medida Provisória nº 2.182-18/01 passou a admitir que a União utilizasse a ferramenta[317]. Após a pressão dos Estados e dos Municípios no Congresso Nacional, a Medida Provisória foi convertida na lei federal nº 10.520/02, passando a conter autorização ampla de utilização do instituto por todos os entes federativos na aquisição de bens e serviços comuns.

MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal; MONTEIRO, Vera. Publicistas: direito administrativo sob tensão. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p.262.

316 "Art. 37. A aquisição de bens e a contratação de serviços pelas Agências Reguladoras poderá se darnas modalidades de consulta e pregão, observado o disposto nos arts. 55 a 58 da Lei nº 9.472, de 1997, e nos termos de regulamento próprio. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às contratações referentes a obras e serviços de engenharia, cujos procedimentos deverão observar as normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública."

317 "Art. 1º. Para aquisição de bens e serviços comuns, a União poderá adotar licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Medida Provisória."

É dizer que modalidade licitatória que surgiu para atender à contratação de apenas uma única agência reguladora federal foi progressivamente se expandindo entre os demais entes da federação, diante de suas reconhecidas vantagens face aos institutos da lei federal nº 8.666/93. No plano jurisprudencial, o Tribunal de Contas da União passou a exigir, preferencialmente, a adoção do pregão eletrônico para contratação pública, sendo ônus das autoridades apontar as razões para o seu afastamento[318]. Atualmente, com a edição da lei federal nº 14.133/21, que revoga as leis federais nº 8.666/93 e 10.520/02, o pregão passou a integrar o rol geral de modalidades de licitação, sendo obrigatória para a aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto.

De fato, este é um exemplo positivo do uso da legislação experimental no âmbito do direito administrativo. Não obstante, propõe-se um exercício hipotético: o que teria ocorrido com a lei que introduziu o instituto do pregão se tivesse fracassado em seu intuito de aprimorar a contratação pública brasileira? De acordo com os ensinamentos de Sofia Ranchordás, o caminho natural seria sua revogação, observado regime de transição capaz de proteger expectativas legítimas geradas durante sua vigência. Em que pese não seja possível realizar exercício de futurologia preciso quanto ao virtual destino do pregão em caso de insucesso em seu objetivo de modernização da contratação da Administração Pública, a modalidade de licitação "consulta", também introduzida pioneiramente pela lei federal nº 9.472/97, pode auxiliar no teste da hipótese.

É que tal modalidade não alcançou o mesmo resultado expressivo do pregão, deixando de apresentar vantagens comparativas que justificassem sua expansão para os demais entes federativos. Recentemente, inclusive, sua previsão foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal[319], com fundamento no princípio da legalidade. Os ministros entenderam que apenas lei em sentido formal poderia regulamentar novas modalidades de licitação, sendo inválida a delegação genérica atribuída à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. A decisão do plenário da Suprema Corte é de todo criticável. A uma, porque se idêntico raciocínio tivesse sido aplicado de forma congênita ao "pregão", é possível supor que o experimentalismo verificado teria sido reduzido. A duas, porque o só fato de a experiência

---

[318] Nesse sentido, precedente noticiado no Boletim Informativo nº 393 da Jurisprudência do TCU: "É irregular a adoção injustificada da modalidade concorrência em detrimento do pregão eletrônico para a contratação de serviços comuns de engenharia, a exemplo da contratação conjunta de serviços de conservação e manutenção de infraestrutura predial (facilities), uma vez que pode resultar na prática deato de gestão antieconômico" (Acórdão nº 1534/2020, Plenário, Agravo, Relator Ministro-Substituto André de Carvalho).

[319] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668/DF, Ministro Relator Edson Fachin, julgamento virtualem 27.02.2021

inovadora atingir resultados insatisfatórios não deve conduzir necessariamente a juízo de inconstitucionalidade, mas sim de revogação pelas vias democráticas apropriadas.

A postura adotada neste caso pelo Supremo Tribunal Federal tem potencial de inibir futuros arranjos normativos que pretendam construir inovações a partir de espaços mais restritos e deve ser objeto de reflexão crítica. É razoável supor que o relativo sucesso da modalidade de contratação pregão se deu em razão de sua testagem em espaços institucionais controlados, e não imediatamente entre todos os entes federativos. Aliás, é também em defesa de uma revisitação à jurisprudência da Suprema Corte em torno das competências comuns e concorrentes do federalismo brasileiro que se passa ao estudo de outra ferramenta que, segundo a perspectiva deste trabalho, pode catalisar a inovação no âmbito do direito administrativo do risco.

4.3 Perspectiva Espacial: a exploração do pacto federativo[320]

4.3.1 Acessibilidade e a proposta do experimentalismo democrático

O princípio da segurança jurídica, também deve ser redimensionado sob o aspecto espacial. O tradicional elemento da acessibilidade das normas exige, em regra, que estas sejam dotadas de clareza e de uniformidade. Por isso, a vigência de normas contraditórias sobre o mesmo assunto dentro de uma mesma nação, tradicionalmente, é considerada fonte de insegurança jurídica a ser combatida. Contudo, a partir do exemplo da União Europeia, o professor Charles Sabel[321] desafia esta premissa, desenvolvendo a noção de experimentalismo democrático, cuja proposta é justamente a proliferação de normas antagônicas como parte do dinamismo corrente no século XXI. No Brasil, construção semelhante é vocalizada pelo professor Mangabeira Unger[322].

Nesse debate insere-se o objeto do presente tópico, que pretende discutir a forma de Estado federalista adotada no Brasil, seu desenho constitucional e sua efetividade. De fato, segundo dados do Anuário da Justiça Brasil 2018, no ano de 2017, quase noventa por cento das leis estaduais questionadas perante o Supremo Tribunal Federal foram declaradas

---

[320] Este tópico foi desenvolvido, em grande parte, a partir do trabalho apresentado e publicado nos anais do IV Congresso de Direito Constitucional e Filosofia Política, organizado pela Universidade de São Paulo, pela Universidade Federal de Minas Gerais e pela Universidade Federal do Paraná.

[321] SABEL, Charles; ZEITLIN, Jonathan. Experimentalist Governance. Forthcoming in David Levi-Faur. The Oxford Handbook of Governance, 2011.

[322] UNGER, Roberto Mangabeira. A construção do experimentalismo democrático. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v.257, maio/agosto 2011.

inconstitucionais. Aliás, também nos tribunais locais, no mesmo período, foi alto o índice de leis estaduais e municipais declaradas inválidas: oitenta por cento no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e oitenta e quatro por cento no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[323]. Tudo isso a demonstrar postura ativista dos aplicadores do Direito face ao exercício da autonomia dos entes federativos[324].

Para parcela da doutrina, vige no Brasil a "cultura do inconstitucionalismo", ou seja, a tendência de se considerar inválida toda e qualquer disposição legal com a qual não se concorda[325]. Dentre as principais causas ventiladas para o fenômeno está a falta de credibilidade das instâncias políticas tradicionais, em virtude dos escândalos de corrupção denunciados nos últimos anos, e sua suposta qualificação técnica deficitária no que se refere ao domínio do discurso jurídico. Os dados empíricos coletados pelo Anuário da Justiça Brasil corroboram essa perspectiva.

Apenas para que não se limite ao plano abstrato, é possível enumerar diversos precedentes que ilustram o estado da arte do Federalismo brasileiro, em que leis e atos administrativos regionais inovadores quanto à forma de gerenciamento dos "riscos" são sistematicamente afastados com base em princípios fluidos. Nesse sentido, a questão referente à constitucionalidade de normas estaduais e municipais que vedam o manejo do amianto no ambiente laboral é paradigmática. Como visto no primeiro capítulo, em 2017 o plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a validade das leis locais que baniam a utilização desse material, em razão da inconstitucionalidade material da lei federal[326]. Não obstante, ainda em 2003, quando a questão foi submetida pela primeira vez ao plenário do tribunal, a decisão foi no sentido oposto, ou seja, foi decretada a inconstitucionalidade formal das leis estaduais[327].

À época do primeiro julgamento, o Ministro Relator Maurício Corrêa afirmou que a competência para legislar sobre comercialização e extração de recursos minerais seria exclusiva da União Federal (CRFB, artigo 22, incisos VIII e XII) e que, mesmo à luz da

---

[323] Todos os dados foram levantados, respectivamente, no Anuário da Justiça Brasil 2018, no Anuário da Justiça Rio de Janeiro 2018 e no Anuário da Justiça São Paulo 2018.

[324] Especificamente acerca do tema da intervenção judicial sobre a autonomia dos entes federados no Brasil: MAGALHÃES PIRES, Thiago. O poder constituinte decorrente no Brasil: entre a Constituição e oSupremo Tribunal Federal. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 295-314, jan./mar. 2018.

[325] CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhat; RÊGO, Eduardo de Carvalho. Constituição Federal de 1988 e a cultura do inconstitucionalismo. In: BOLONHA, Carlos et al. (Coord.). 30 anos da Constituição de 1988: uma jornada democrática inacabada. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp.415-433

[326] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 24/08/2017, publicado no DJe em 01/09/2017; e Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406 e 3.470, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 29/11/2017, publicado no DJe em 01/02/2019.

[327] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.656, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 08/05/2003, publicado no DJe em 01/08/2003.

proteção à saúde pública e ao meio ambiente, os Estados-membro se submeteriam às normas gerais já dispostas na lei federal nº 9.099/95. A ementa do acórdão é assertiva no sentido da "ausência de justificativa para tratamento particular e diferenciado pelo Estado". Não obstante, em 2017, os ministros compreenderam que idêntica matéria estaria contida na competência concorrente para legislar sobre produção e consumo, proteção ao meio ambiente e defesa da saúde pública (CRFB, artigo 24, incisos V, VI e XII). Em outras palavras, sem que tenha ocorrido qualquer modificação dos parâmetros constitucionais, a conclusão da Suprema Corte foi diametralmente oposta.

E não é só. Há diversos precedentes, relativos a questões ambientais, em que também persiste jurisprudência vacilante do Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance do poder normativo dos entes subnacionais. Exemplo disso é o tratamento atribuído a leis estaduais que simplificam ou restringem processos de licenciamento ambiental, corolário dos princípios da prevenção e da precaução. No ano de 2018, foi reputada constitucional lei do Estado do Ceará que regulamentava a matéria em casos de empreendimentos ou atividades de pequeno potencial de degradação ambiental, admitida a autodeclaração pelo próprio interessado em seu desenvolvimento[328].

Contudo, no ano seguinte, a mesma Suprema Corte assentou que lei estadual do Amapá que instituía licença ambiental única em situação semelhante a do Estado do Ceará seria inconstitucional por violação à competência da União federal para editar normas gerais sobre proteção do meio ambiente[329]. Em seguida, já em 2021, sob relatoria da Ministra Cármen Lúcia, foi declarada a inconstitucionalidade formal de lei, agora do Estado de Santa Catarina, que flexibilizava, e até mesmo dispensava, o procedimento de licença ambiental para empreendimentos de mineração a céu aberto. Aqui, uma vez mais, o fundamento foi a invasão de competência legislativa da União Federal[330], em oposição ao precedente citado anteriormente, em que o Ministro Relator Luís Roberto Barroso assegurou que a jurisprudência da Suprema Corte seria pacífica no sentido de que a matéria é de competência concorrente dos entes federativos.

Esses e outros exemplos permitem inferir como a questão da competência legislativa e administrativa ainda demanda aperfeiçoamento na aplicação do direito público brasileiro. Frise-se, o que se discutirá ao longo deste tópico, à luz da perspectiva experimentalista de

---

[328] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.615, Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em20/09/2019, publicado no DJe 28/10/2019.

[329] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.475, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em20/04/2020, publicado no DJe 23/09/2020.

[330] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.650, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em27/04/2021.

Charles Sabel e de Mangabeira Unger, não é o aspecto meritório das normas invalidadas, ou seja, se atendem ou não às regras materiais e substanciais da Constituição Federal. Não se desconhece a crítica acertada acerca das diversas limitações do debate legislativo efetivo e comprometido com os valores constitucionais no âmbito dos entes subnacioanis. Porém, esta percepção não deve contaminar o juízo, em si mesmo, de invalidade das normas produzidas em nível local sob o prisma da competência.

Em suma, reconhecer a inconstitucionalidade formal de leis promulgadas por entes subnacionais é retirar do debate dos estados e municípios questões relevantes no âmbito do direito administrativo do risco, como o licenciamento ambiental ou a proibição do uso do amianto. Assim, o objetivo deste tópico é demonstrar os efeitos deletérios do uso indiscriminado de regras de competências para afastamento de normas inovadoras dos entes subnacionais. Diante do atual cenário, pretende-se apresentar visão crítica do Federalismo praticado no Brasil que, a partir de diversos recursos hermenêuticos, esvazia espaço criativo legítimo de autonomia dos entes locais. É preciso, pois, promover a efetividade das normas de organização do Estado. Acredita-se que a visão restritiva adotada pela jurisprudência e por parcela significativa dos estudiosos da matéria deve ser objeto de nova reflexão, sob as perspectivas normativa e experimental.

4.3.2 É possível desenvolver um federalismo efetivo no Brasil à luz do direito administrativo do risco?

4.3.2.1 Perspectiva normativa: observação dos limites textuais do intérprete

Em primeiro lugar, é preciso verificar se a interpretação que se pretende conferir ao federalismo brasileiro encontra respaldo no texto constitucional. Como já afirmado anteriormente, a atividade criativa do intérprete exige observância aos limites textuais do ordenamento jurídico. Nesse contexto, a pretendida interpretação precisa guardar compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 e a legislação correlata[331]. Como se passa a analisar mais detidamente, sob a perspectiva normativa, existe farto fundamento para

[331] "Ademais, quando se questiona em que medida a Constituição é produto da criação judicial, não se pode perder de vista que o texto desempenha papel relevante na limitação da liberdade interpretativa. O texto não é apenas o ponto de partida da interpretação: associado ao imperativo de fundamentação das decisões judiciais, torna-se peça fundamental na constrição do arbítrio no processo hermenêutico. A importância do texto como fator limitador do voluntarismo tem sido destacado por Konrad Hesse, para quem na "interpretação constitucional que parte da primazia do texto este constitui um limite infraqueávela sua atuação" (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op.Cit., p.70).

que o federalismo seja implementado de forma diferente, com maior respeito à autonomia dos entes locais[332].

A bem da verdade, desde a Constituição de 1891 existe opção por este regime, o qual jamais abandonou as constituições que se seguiram. A forma de Estado compõe a identidade constitucional do país (CRFB, artigos 1º e 18), tendo sido a ela atribuída expressamente condição de cláusula pétrea (CRFB, artigo 60, §4º, inciso I). Tudo isso a demonstrar que há sólida cultura constitucional federalista no país, ao menos no plano normativo. A atual constituição apresenta inúmeras ferramentas que poderão auxiliar e até mesmo potencializar interpretação mais efetiva do Federalismo. De um lado, na seara das competências exclusivas e privativas, os Estados foram contemplados com atribuição residual, podendo atuar nas matérias que não tenham sido destinadas à União Federal e aos Municípios (CRFB, artigo 25, §1º). Assim, a depender da interpretação que seja conferida ao rol de atribuições dos demais entes, é plenamente possível vislumbrar maior protagonismo dos Estados no federalismo brasileiro.

Fato é que, até aqui, os intérpretes vêm atribuindo parcela extremamente generosa de competências ao ente central, restringindo a autonomia dos entes subnacionais. Esse esforço hermenêutico vem ocorrendo por duas vias principais: a interpretação extensiva das competências exclusivas e privativas da União Federal[333] e a criação jurisprudencial do princípio implícito da simetria. A primeira força restritiva decorre de opção legítima do intérprete à luz do espaço a ele reservado pelas balizas do ordenamento jurídico pátrio. Diante de conceitos jurídicos indeterminados, é possível – embora não pareça a postura mais adequada pelas razões defendidas ao longo deste trabalho – estender seu alcance em detrimento da competência dos entes federativos regionais e locais.

---

[332] No contexto histórico nacional, parte dos politólogos brasileiros demonstra que um federalismo mais descentralizado funcionou com relativo sucesso em passado recente, notadamente entre a política dos governadores de Campos Salles e o início da ditadura militar de 1964. Nesse período, os Estados representavam atores relevantes no cenário político nacional, atuando como ponto de equilíbrio dafederação. A adequada combinação entre forma de Estado e regime de governo, com a ampliação da autonomia dos entes locais, deslocava pautas relevantes do ente central, permitindo mais rápida soluçãode impasses, com custos de transação mais baixos.

[333] Um caso interessante, enfrentado nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 451/RJ, envolvia a validade da Lei 1.748/1990 do Estado do Rio de Janeiro, que obrigava pessoas físicas ou jurídicas a oferecer estacionamento ao público, cercar o local e manter funcionários próprios para garantiada segurança, sob pena de pagamento de indenização na hipótese de prejuízos ao dono do veículo. Por maioria, a Suprema Corte considerou que a norma invadia a competência da União federal para legislar sobre "*direito civil*", muito embora seja competência concorrente legislar sobre "*direito do consumidor*". Registra-se que não se está fazendo qualquer juízo de proporcionalidade ou de constitucionalidadematerial da norma, que também foram fundamentos para afastar sua validade. Aqui apenas se destaca o alcance abrangente que é dado ao rol de competências do ente central (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 451/RJ, Ministro Relator Luís Roberto Barroso, julgamento em 01/08/2017, DJe 10/11/2017).

A segunda via comumente utilizada, o recurso ao princípio da simetria, tem origem em construção jurisprudencial pautada no artigo 25, da Constituição Federal e no artigo 11, do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, que exigem observância, pelo poder constituinte decorrente, aos princípios da Constituição Federal. A partir desta vinculação de baixa densidade normativa, juízes e tribunais declaram a invalidade de inúmeras leis estaduais e municipais, sob o fundamento de assegurar, quanto aos aspectos ditos essenciais, uniformidade na disciplina normativa[334]. Aliás, a doutrina especializada destaca, no ponto, que o constituinte de 1988 afastou diversas restrições antes impostas aos entes regionais pela ordem constitucional de 1967, o que não foi acompanhado por evolução correspondente no campo hermenêutico[335].

Noutro giro, além das competências privativas e concorrentes, subsistem aquelas de natureza concorrente e comum. A adoção do federalismo cooperativo levou à edição de rol de competências concorrentes extenso e dotado de indeterminação jurídica, o qual também permite sua expansão pela via interpretativa (CRFB, artigo 24). Não se desconhece a grande controvérsia doutrinária acerca do alcance dos conceitos de "normas gerais" e de "normas suplementares", tendo o Poder Judiciário e os próprios estudiosos do tema expandido o primeiro conceito em detrimento do segundo[336]. Contudo, o que se defende aqui, à luz de um federalismo efetivo, é o maior alargamento do conceito de "normas suplementares", com

---

[334] Especificamente sobre a análise crítica do princípio da simetria: MARINS, Leonardo. Limites ao princípio da simetria constitucional. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel;BINENBOJM, Gustavo (Coord.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 690-691. Na mesma linha: REIS, José Carlos Vasconcellos dos. O princípio da simetria: verdade ou mito? Fórum Administrativo, v. 15, n. 167, p. 53-65, jan. 2015.

[335] "No entanto, um ponto em que o Tribunal contribuiu de forma decisiva para a centralização diz respeito à auto-organização dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Embora a Carta de 1988 tenha praticamente eliminado as disposições do regime anterior que os obrigavam a reproduzir normas de organização da União, o STF as ressuscitou, valendo-se do chamado "princípio da simetria". Como resultado, a regra geral se inverteu: não se presume a autonomia, mas o oposto – em princípio, deve-se copiar o modelo federal. Isso é grave, porque nega a própria base do pacto federativo (art. 18). E o "princípio da simetria" ainda soa ilógico no sistema da Carta; afinal, se ele existisse, disposições como os arts. 75, 27, § 1º, e 28 da Constituição seriam apenas redundâncias em série." (MAGALHÃES PIRES, Thiago. Federalismo para quem? Um balanço aos 30 anos da Constituição de 1988. Revista Publicum:Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 63-84).

[336] Nesse contexto, há interessante artigo do professor Luís Roberto Barroso em matéria de distribuição de competências para fornecimento de saneamento básico. Dessa feita, o professor destaca que a adoção de cláusulas genéricas pelo constituinte dá margem a conflitos potenciais entre União, Estados e Municípios, transferindo ao intérprete a responsabilidade de definir os limites da competência de cada ente federativo. (BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. Revista de informação legislativa, v.38, n.153, p.255-270, jan./mar. 2002).

escrutínio mais rigoroso da presunção de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais[337].

No campo das competências administrativas comuns (CRFB, artigo 23), por sua vez, Thiago Magalhães Pires[338] destaca que o Federalismo brasileiro conta com instrumentos efetivos de integração com preservação da autonomia, por meio de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (CRFB, artigo 25, §3º e lei federal nº 13.089/2015), além de convênios de cooperação e de consórcios públicos (CRFB, artigo 241 e lei federal nº 11.107/05). Especificamente quanto à autonomia dos Estados-membro, foco deste trabalho, merece atenção o instrumento constitucional das regiões, ainda pouco explorado[339], que amplia o espectro de atuação desses entes por meio de lei complementar federal (CRFB, artigo 43).

Ainda, o constituinte autorizou os Estados a legislar sobre matérias de competência exclusiva do ente central, bem como a atuar de forma mais abrangente em questões de competência comum, desde que editada lei complementar pelo Congresso Nacional (CRFB, artigos 22, parágrafo único e 24, §2º). É bem verdade que estes mecanismos também vêm sendo pouco utilizados pelos entes federativos competentes, porém comprovam a disposição do constituinte em apoiar a expansão da atuação normativa[340] e administrativa[341] dos entes regionais.

Aliás, a aprovação de leis complementares nessa matéria seria extremamente salutar ao combate de um dos problemas já diagnosticado pelos estudiosos do tema. Com efeito, a interpretação atribuída à forma de Estado adotada no Brasil prestigia o federalismo

---

[337] Aliás, considerando os debates acerca da Reforma da Previdência, a questão é da ordem do dia. A Emenda Constitucional nº 103/2019 transfere a disciplina de diversas matérias, desde a idade mínima da aposentadoria voluntária até o regime do abono de permanência, aos Estados. Embora tenha enfrentado inúmeras críticas, é fato que o constituinte reformador tem prestigiado nesse ponto interpretação que confere maior efetividade ao disposto no artigo 24, XII, da Constituição Federal. De outro lado, cumpre registrar que há também a Proposta de Emenda Constitucional nº 133/2019, alcunhada de "PEC Paralela",que visa a incluir Estados, Distrito Federal e Municípios compulsoriamente na Reforma da Previdência, restringindo seu legítimo espaço de autonomia federativa.

[338] MAGALHÃES PIRES, Thiago. Federalismo, flexibilidade e assimetria no direito brasileiro: agrupamentos municipais, convênios de cooperação e consórcios públicos. Revista de DireitoAdministrativo, Rio de Janeiro, v. 275, p. 125-154, maio/ago. 2017.

[339] A defesa particular de aplicação efetiva das regiões pode ser encontrada em: CARVALHO, Gabriela de. O conteúdo jurídico do sistema federativo. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 15, n. 51, p.133-161, jan./mar. 2014.

[340] A título de exemplo, foi editada a Lei complementar nº 103/00, que permite fixação do piso salarial pelos Estados e pelo Distrito Federal, observadas suas peculiaridades econômicas.

[341] A título de exemplo, foi editada a Lei Complementar nº 140/11, que regulamenta a competência dos entes da Federação em matéria ambiental, outorgando largo espaço de atuação aos Estados em seu artigo 8º. Aliás, também em matéria ambiental, é de ver que o artigo 6º, parágrafo único, da Lei nº 9.985/05, queregulamenta as unidades de conservação ambiental, autoriza que os Estados criem modelos singulares de proteção, desde que comprovada as peculiaridades da fauna e da flora a serem tuteladas

juridicamente simétrico, em que, como regra, não se pratica a diferenciação de regimes legais entre os estados da federação. Contudo, no plano dos fatos, subsiste grande assimetria – dos mais diversos matizes – entre esses entes, gerando, com alguma frequência, descompasso entre a produção normativa nacional e a realidade social, econômica, política e cultural a nível regional. Assim, permitir a descentralização de alguns temas por meio de lei complementar parece solução consentânea com a diminuição das assimetrias fáticas já constatadas.

Diante do desenho constitucional acima delineado, é possível extrair a prioridade conferida pelo constituinte à exploração de mecanismos legislativos e administrativos regionais para atendimento das demandas dos cidadãos. Tal constatação descreve o que a doutrina brasileira convencionou chamar de princípio da subsidiariedade, advertindo que deve ser atribuída primazia à atuação dos entes regionais em detrimento do ente nacional. Assim, no debate jurídico sobre o federalismo, defende-se a necessidade de mudança de paradigma: o princípio da subsidiariedade, que estimula a atuação preferencial dos entes regionais, deve superar o contestado princípio da simetria, adequando a postura ativista do Judiciário em relação às leis e aos atos administrativos produzidos pelos Estados-membro.

4.3.2.2 Perspectiva experimental: como alcançar o melhor resultado à luz da Constituição?

Após análise descritiva do direito positivo vigente, e de sua compatibilidade com a ideia defendida neste trabalho, cumpre reforçar as razões pelas quais o direito administrativo do risco depende de entes subnacionais que exerçam efetivamente suas competências legislativas e administrativas. A complexidade do mundo moderno e dos problemas atravessados pelo país exige avaliação crítica do experimentalismo aqui defendido. No campo da ciência política brasileira, há autores que concluem que a excessiva concentração de poderes na pessoa que ocupa a chefia do Poder Executivo federal e a ampliação exponencial de agentes políticos com poder de veto costumam representar riscos de congelamento criativo à atividade legiferante.

Segundo esses estudiosos, após a Constituição Federal de 1988 e superado o bipartidarismo aparente da ditadura militar, houve nova fragmentação partidária, a qual foi incentivada pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude da invalidação de minirreforma eleitoral que buscava racionalizar o processo de criação de novas agremiações partidárias. Ademais, o Senado Federal, casa legislativa de composição paritária entre os estados, passou a gozar dos mesmos instrumentos da Câmara de Deputados, podendo inclusive funcionar

como casa iniciadora de projetos de lei. O Poder Judiciário e o Ministério Público também foram fortalecidos e reconfigurados, impondo novos limites às instâncias políticas[342].

Tudo isso gerou dois fenômenos em certa medida contraditórios: a expansão de agentes políticos e sociais com poder de veto e o exponencial crescimento de demandas de grupos de interesse, diante de uma constituição compromissória. Desse modo, a negociação de emendas orçamentárias e de cargos do alto escalão do governo federal passaram a ser instrumentalizados, ainda com maior intensidade, para permitir a implementação da agenda de políticas públicas pensada pela Presidência da República. O momento atual demonstra que este modelo de governabilidade tem levado a disfuncionalidades[343]. No ano de 2018, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a prática de diversos crimes decorrentes da utilização abusiva da faculdade de nomeação de cargos de direção de empresas estatais, nos autos da Ação Penal nº 996/DF[344].

Assim, sob um viés pragmático, a adoção de um federalismo efetivo se justifica por três ordens de razão, que foram apresentadas ao longo do trabalho e agora serão sistematizadas. Em primeiro lugar, a ideia funciona como importante mecanismo de promoção da assimetria jurídica, necessária diante da assimetria fática do federalismo brasileiro. Em segundo lugar, a maior deferência do Poder Judiciário às decisões das casas legislativas estaduais geraria incremento da responsabilidade política dos parlamentares e dos governadores eleitos. Por fim, a concorrência federativa promoveria experimentalismo

---

342 Durante o curso "Instituições, Public Choice e Novas Fronteiras do Direito Público", ministrado pelo professor André Cyrino, no mestrado da linha de direito público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, debateu-se o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no contexto do Presidencialismo de Coalizão. Sergio Abranches reconhece sua capacidade de "diminuir o risco de rupturas institucionais e impedir soluções que favoreçam grupos específicos ou adensem o manto de impunidade que tem caracterizado nossa experiência republicana" (ABRANCHES, Sérgio, op.cit., 2018, p.84).

343 Na literatura especializada, interessante a análise da crise do presidencialismo de coalizão à luz do caso do Mensalão: PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy e RAILE, Eric. Presidencialismo de coalizão e recompensas paralelas. In Legislativo brasileiro em perspectiva comparada, org. Magda Inácio e Lucio Rennó, Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009, pp. 207-234. Ainda nesse contexto, merece atenção a crítica quanto à própria existência empírica de um presidencialismo diferenciado no Brasil: LIMONGI, Fernando. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. In Novos Estudos – CEBRAP, São Paulo, nº 76. Disponível online: http://dx.doi.org/10.1590/S 0101-33002006000300002.

344 Nesse ponto, merece transcrição a parte da ementa que enfrenta a questão: "A configuração constitucional do regime presidencialista brasileiro confere aos parlamentares um espectro de poder que vai além da mera deliberação a respeito de atos legislativos. A participação efetiva de parlamentares nas decisões de governo, indicando quadros para o preenchimento de cargos no âmbito do poder executivo, é própria da dinâmica do referido regime, que exige uma coalizão para viabilizar a governabilidade. Tal dinâmica não é, em si, espúria, e pode possibilitar, quando a coalizão é fundada em consensos principiológicos éticos, numa participação mais plural na tomada de decisões usualmente a cargo do Poder Executivo. Todavia, quando o poder do parlamentar de indicar alguém para um determinado cargo, ou de lhe dar sustentação política para nele permanecer, é exercido de forma desviada, voltado à percepção de vantagens indevidas, há evidente mercadejamento da função pública" (Ação Penal nº996/DF, Relator Ministro Edson Fachin, julgamento em 15/05/2018, DJe em 10/06/2018).

essencial à superação do congelamento criativo que assola as instituições do país na atualidade.

O problema da assimetria fática já foi apresentado e decorre, em alguma medida, da contingência do pluralismo da vida em sociedade. Contudo, a chamada simetria jurídica é uma escolha do intérprete, que engessa a diversidade e gera cenários de super- representação e de sub-representação. O reconhecimento do protagonismo dos estados da federação estimularia decisões mais amoldadas às realidades regionais e asseguraria soluções mais equitativas, atendendo aos fins constitucionalmente estabelecidos[345]. Nesse sentido, deve ser superado o princípio da simetria, que não reflete – ao menos na extensão em que praticada pelos intérpretes – o texto da Constituição Federal de 1988.

Não bastasse isso, a cultura do inconstitucionalismo gera incentivos perversos aos agentes políticos regionais e locais. O custo da inovação pelo Poder Legislativo já é, por essência, excessivamente alto, seja em virtude do multipartidarismo fragmentado, seja em razão da própria morosidade do processo legislativo[346]. Se a criatividade institucional sempre conflitar com ideal de simetria do Poder Judiciário, levando a sua invalidação, subsiste pouco ou nenhum incentivo a ideias inovadoras. A responsividade por decisões criativas tomadas em nível regional deveria ser avaliada por meio das eleições periódicas e não pela subsunção judicial de leis e atos administrativos da administração federal.

Aqui, novamente, cabe a ressalva de que não se desconhece as limitações do debate legislativo no âmbito dos entes subnacionais. Porém, no contexto contemporâneo, embora sejam importantes a cautela e o prévio conhecimento das contingências de um modelo mais descentralizado, deve ser reconhecido o processo de amadurecimento institucional e democrático já atravessado pelo país. Com efeito, o progresso civilizatório conquistado durante os trinta anos de vigência da Constituição de 1988 permite a crença sincera de que, a longo prazo, haja melhorias no debate público nessas instâncias. É possível, pois, pensar um modelo de federação com maior respeito à autonomia dos Estados, sem vislumbrar risco real

---

[345] "Finalmente, a revolução federalista foi direcionada para a causa da igualdade, por meio da criação de melhores instrumentos para o envolvimento dos cidadãos em questões públicas, especialmente pelo desenvolvimento de arenas governamentais de diversos tamanhos e propósitos, variando do imediatamente local até o mais geral. (...) A necessidade de unidades ainda maiores de governo, de produção e de associação para alcançar determinados objetivos comuns é, atualmente, um fato. Assim como é também a reafirmação do desejo humano de manutenção das unidades de pequena escala, por seu valor humanístico." (ELAZAR, Daniel J. Federalismo como meio e como fim. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p.45, jul./set. 2011, Trad. RubensEduardo Glezer).

[346] O professor José Vicente explicita que o multipartidarismo fragmentado, os bloqueios de grupos de interesse, os equilíbrios instáveis e a própria morosidade do processo legislativo são barreiras que aumentam de forma exponencial os custos de transação da inovação via Legislativo. Ver: MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Op.Cit., 2017.

de ressurgimento das graves violações a direitos fundamentais e a regras do jogo democrático verificadas no passado.

Ainda, o protagonismo dos Estados poderia funcionar como instrumento de promoção de experimentalismo a mais baixo custo de transação. A rigor, o recente processo de congelamento criativo do Direito, decorrente da centralização de competências e da disseminação de agentes com poder de veto, pode ser combatido por meio de um modelo federativo dotado de efetividade. A ampliação dos atores políticos com autonomia decisória diminui a eficiência dos pontos de veto que afetam os órgãos nacionais, permitindo a superação de entraves frequentes à inovação[347].

Em outras palavras, a aprovação de projetos de lei em legislativos unicamerais, com menor número de parlamentares, torna a barganha política estadual menos onerosa quando comparada com aquela praticada em nível nacional. Ademais, também facilita a edição de leis dessa natureza o seu impacto reduzido, exclusivamente regional. Assim, seria assegurada maior governabilidade ao Presidente da República, que passaria a decidir apenas questões que, de fato, exigissem solução nacional uniforme. Nesse ponto residiria ferramenta útil ao arrefecimento das crises políticas recentes, que propiciaram paralisia institucional e deterioração das instâncias democráticas.

Nesse sentido, os exemplos são importantes para comprovar que sob a perspectiva experimental os estados devem ocupar papel central no federalismo brasileiro. De fato, é possível verificar o caráter inédito da atuação dos entes regionais em diversas oportunidades, seja por meio da salvaguarda de direitos fundamentais de defesa e prestacionais, seja no intuito do aperfeiçoamento do desenho das instituições relevantes ao Estado Democrático de Direito. É o que se passa a ilustrar.

No que se refere ao papel do legislativo estadual na tutela dos direitos fundamentais, merece citação a iniciativa do Estado do Rio de Janeiro de assegurar aos companheiros de uniões homoafetivas pensões em seu regime próprio de previdência social (lei estadual nº 5260/2008), a inédita criação do sistema de cotas raciais pela Universidade do Estado do Rio

---

[347] "A centralização federativa complicou ainda mais esse jogo, porque tornou governadores e prefeitos também agentes demandantes diante da União. O principal recurso que eles têm para obter concessões presidenciais são seus deputados e senadores. (...) São muitos os agentes e os interesses envolvidos. As demandas se cruzam e se contradizem, dividindo a coalizão governista. Os pontos de veto se multiplicam e, se há demandas cruzadas, em contrariedade, haverá pontos de veto que se opõem. Um processo sempre sujeito a paralisias decisórias, que consome tempo, energia, recursos e produz resultados subótimos. A multiplicação dos pontos de veto tem a virtude de assegurar a permanência e estabilidade das políticas. É um bom resultado em tempos normais, mas péssimo quando a continuidade está visceralmente atrelada ao atraso e ao domínio oligárquico e se precisa mudar. Daí o fracasso de todas as reformas." (ABRANCHES, Sérgio, op.cit., 2018, p.357).

de Janeiro (lei estadual nº 3708/2001), e o impedimento à aplicação retroativa de nova interpretação administrativa (lei estadual nº 5.427/09). O Estado do Rio Grande do Sul, por seu turno, autoriza o sacrifício de animais em rituais religiosos de matriz africana (lei estadual nº 12.131/2004). O Estado do Ceará, ainda, regulamentou a atividade cultural das vaquejadas, buscando compatibilizar os valores constitucionais envolvidos (lei estadual nº 15.299/2013).

Noutro giro, o aperfeiçoamento do desenho institucional foi igualmente promovido por meio de diversas leis estaduais. O Estado de São Paulo instituiu a previdência complementar pioneiramente, antes mesmo da União Federal (lei estadual nº 14.653/2011). O Estado de Minas Gerais trouxe a previsão inédita acerca das parcerias público-privadas (lei estadual nº 14.686/2003). O Estado de Pernambuco encampou expressamente a vedação do nepotismo antes do paradigmático julgamento do Supremo Tribunal Federal, que levou à edição de súmula vinculante sobre a matéria (lei complementar estadual nº 97/2007). No âmbito específico do direito administrativo do risco, há, ainda, exemplos dos efeitos positivos da exploração da curva de aprendizado a partir da modulação federativa dos efeitos de normas inovadoras.

Para além do já mencionado exemplo da modalidade de contratação do pregão, o experimentalismo se deu no desenvolvimento embrionário de outra forma de contratação pública, que, posteriormente, veio a se consolidar no país, a saber, as parcerias público-privadas, regulamentadas pela lei federal nº 11.079/04. As Parcerias Público-Privadas foram positivadas no direito brasileiro por meio de lei do Estado de Minas Gerais, como explicitado. Além disso, já após a edição da lei federal nº 11.079/04, as primeiras experiências dessa nova modelagem contratual se deram nos Estados de São Paulo e da Bahia. À época, inclusive, no âmbito do governo federal, a coordenadoria de Parcerias Público-Privadas do Ministério do Planejamento[348] reconheceu a complexidade de modelagens contratuais desta natureza e a existência de um "processo de aprendizagem" antes de que a União apresentasse projetos de maior vulto. Assim, a coordenadoria mencionou de forma expressa os projetos dos entes subnacionais como parte do amadurecimento na aplicação da nova legislação com menor custo de transação.

É importante destacar que todos os atos normativos acima citados surgiram antes de qualquer decisão da Suprema Corte ou de leis e atos administrativos praticados pelo

[348] Em entrevista publicada na página oficial do Ministério da Economia, o coordenador de Parcerias Público-Privadas do Ministério do Planejamento, Isaac Averbuch, reconhece a expansão inicial dessa forma inicial de contratação pública no âmbito dos Estados e dos Municípios (Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/planejamento/primeira-ppp-federal-pode-ser- licitada-ainda-este – Último acesso em 20.05.2021).

Congresso Nacional ou pelo Presidente da República. Em outras palavras, decorreram do exercício da parcela de autonomia que foi conferida aos Estados pela Constituição, e não da atuação direta e imediata de agentes federais. Tudo isso sugere que o projeto defendido neste trabalho é não apenas possível, como desejável sob o ponto de vista experimental, promovendo direitos fundamentais e permitindo o surgimento de desenhos institucionais inovadores para superação dos seus gargalos.

No Brasil, contudo, como visto no tópico anterior, o Poder Judiciário vem conferindo interpretação restritiva à autonomia dos entes locais com base em parâmetros excessivamente genéricos, que dificultam sua compreensão e seu efetivo trade off com os entes federativos. A rigor, a mera menção à simetria, à preponderância de interesses, ou a outros princípios com alto grau de abstração é suficiente para afastar a aplicação de normas regionais. A adoção de cânones interpretativos mais claros e objetivos poderia funcionar como importante meio de tornar o federalismo brasileiro mais efetivo. Nesse contexto, merecem atenção dois julgamentos recentes do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro deles, ocorrido no ano de 2017, é o Recurso Extraordinário nº 194.704, de relatoria do ministro Carlos Velloso. Dessa feita, foi reconhecida a validade de lei editada pelo Município de Belo Horizonte com previsão de sanções em caso de poluição do meio ambiente por pessoa física ou jurídica. O relator para acórdão, Ministro Edson Fachin, se valeu expressamente de cânones interpretativos do direito comparado, a saber, de *presumption against preemption* e de *clear statement rule*[349]. Segundo o Ministro, apenas se o legislador federal reconhecesse de forma clara e razoável sua competência para regulamentar exaustivamente dado tema, deveria ser obstado o poder normativo de entes regionais, o qual prevaleceria em todos os demais casos concretos (*clear statement rule*). Ademais, subsistindo dúvida ou mais de um caminho interpretativo quanto ao espaço de regulamentação de certo tema, deveria prevalecer aquele que privilegiasse a autonomia dos Estados (*presumption against preemption*)[350].

---

[349] No contexto do direito comparado, os Estados Unidos da América, paradigma do modelo federativo adotado no Brasil, possuem perspectiva menos centralizadora do sistema. A bem da verdade, seu processohistórico de formação é diferente do brasileiro: enquanto o primeiro decorreu do esforço de centralização de diversos entes soberanos, o segundo surge da conjuntura oposta, em que um Estado Unitário descentraliza suas atribuições e recursos financeiros. Por essa razão, inclusive, o modelo estrangeiro é considerado centrífugo, enquanto o nacional é classificado como centrípeto. Tal aspecto é importante paraque sejam realizadas adaptações críticas, mas não pode servir de fator de bloqueio aos influxos saudáveis da análise comparativa, como levado a efeito neste caso pelo Supremo Tribunal Federal.

[350] Os precedentes sobre a matéria exigem que o intérprete adote postura *prima facie* contrária à competência do ente central, a qual apenas deve ser confirmada quando a norma jurídica federal claramente indicar que está excluído poder de criação dos entes locais. A doutrina da “preemption”, portanto, adota a premissa de

Assim, por maioria, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o simples fato de existir lei federal regulamentando a questão não afasta a competência dos demais entes federativos, a qual deverá ser avaliada no caso concreto, a partir desses parâmetros objetivos[351]. Aliás, no campo específico do direito administrativo do risco, é importante citar a construção jurisprudencial dos Estados Unidos[352] em torno do voto dissidente e paradigmático do *justice* Brandeis, em 1932, que destacou o papel dos Estados-membro a partir da metáfora dos "laboratórios da democracia" (*New State Ice Co v. Liebmann*). A comparação é repetida na proposta do *Renew Deal* de Orly Lobel[353] e na construção dinâmica do princípio da segurança jurídica de Sofia Ranchordás[354]. A professora Sofia Ranchordás, em linha com a perspectiva deste trabalho, afirma que, em cenários de incerteza técnico-científica, a regulamentação pelos Estados pode ser a melhor alternativa face a uma regulação que venha a "colocar o país inteiro em risco"[355].

---

maximização da liberdade dos Estados-membros face a atos normativos elaborados pelo ente central. À luz do federalismo dual adotado pelos Estados Unidos da América, emque a Constituição apenas destaca as competências privativas do ente central, o esforço hermenêutico foi essencial. Segundo a doutrina da "preemption", diante da colisão entre normas de alcance nacional regional, apenas deverá prevalecer a editada pelo ente central nas hipóteses indicadas pelos precedentesda Suprema Corte.

[351] Veja-se a íntegra da ementa: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI MUNICIPAL 4.253/85 DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. PREVISÃO DE IMPOSIÇÃO DE MULTA DECORRENTE DA EMISSÃO DE FUMAÇA ACIMA DOS PADRÕES ACEITOS. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA À REGRA CONSTITUCIONAL DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS. INOCORRÊNCIA. NORMA RECEPCIONADA PELO TEXTO VIGENTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Nos casos em quea dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para disporsobre determinada matéria (presumption against preemption). 2. Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma adequada, necessária e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (clear statement rule), é possível afastar a presunção de que,no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente menor. 3. Na ausência de norma federal que, de forma nítida (clear statement rule), retire a presunção de que gozam os entes menorespara, nos assuntos de interesse comum e concorrente, exercerem plenamente sua autonomia, detêm Estados e Municípios, nos seus respectivos âmbitos de atuação, competência normativa. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento." (Recurso Extraordinário nº 194.704, Min. Relator Carlos Velloso, Min. Redator para Acórdão Edson Fachin, julgado em 29/06/2017, DJe em 02/07/2017).

[352] Nesse sentido, a doutrina especializada que empreendeu estudo de direito comparado sobre o tema destaca a relevância, naquele país, das emendas à Constituição Federal para promoção de novas limitações aos entes regionais, distintas das constantes no texto original. Dentre os exemplos mencionados estão a Emenda XIV, que proibiu aos Estados editar ou executar leis restringindo direitos e imunidades dos cidadãos (1868); a Emenda XV, que vedou restrições ao direito de voto em razão de raça,cor e condição anterior de servidão (1870); e a Emenda XIX, que determinou a expansão do direito de voto às mulheres em todos os Estados (1920). A necessidade de alteração formal do texto constitucional para restrição do espaço de autonomia dos Estados-membro permite inferir a maior autocontenção do Poder Judiciário. (Ver: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Poder constituinte do Estado-Membro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª Ed.,1979, pp.142-143).

[353] LOBEL, Orly. Op Cit, pp.42-43.

[354] RANCHORDÁS, Sofia. Op.Cit., p.08.

[355] Um exemplo em que a autonomia dos entes regionais é objeto de grande debate público naquele país envolve os projetos de descriminalização das drogas. Desde o início da década de 1970, adotou-se políticanacional de

Nesse sentido, aliás, o segundo conjunto de precedentes que merece atenção dos estudiosos reflete a recente jurisprudência firmada pela Suprema Corte em torno da pandemia acarretada pelo novo coronavírus, que reacendeu a relevância do federalismo para o combate a pontos de veto no processo político de tomada de decisão, à luz do direito administrativo do risco. Diante da incerteza técnico-científica do alcance dos problemas e das alternativas apresentadas como solução, o Supremo Tribunal Federal reconheceu competir, de forma concorrente, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a adoção de medidas administrativas para proteção à saúde pública e à vida, observado o artigo 23, inciso II, da Constituição Federal.

Assim, o Supremo Tribunal Federal firmou sucessivos precedentes, em sua composição plenária, reconhecendo a centralidade de governadores e de prefeitos para a definição das estratégias para combate à doença, superando eventuais pontos de veto verificados a nível federal. Em síntese, os ministros entenderam que a Medida Provisória nº 926/2020, na parte em que assegura que "o presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais", não pode ser interpretada de modo a inviabilizar a competência concorrente dos entes subnacionais[356]. O mesmo vetor hermenêutico foi aplicado em casos de restrição de transporte público[357], de atividades e cultos religiosos[358] e de interrupção de serviços de energia elétrica por inadimplemento[359] durante a pandemia do novo coronavírus.

---

repressão à cadeia de produção, distribuição e fornecimento de drogas ilícitas, assim como ao seu consumo. Contudo, na atualidade, vinte e sete dos cinquenta Estados já descriminalizaram o porte da maconha para uso recreativo ou medicinal, sendo que quatro deles legalizaram até mesmo a sua comercialização. Daí se depreende o real espaço de autonomia conferido aos entes federativos nos Estados Unidos, autorizando que desacordos morais razoáveis sejam solucionados – ou ao menos experimentados – também a nível regional. Os dados foram retirados do voto oral proferido pelo MinistroLuís Roberto Barroso nos autos do Recurso Extraordinário nº 635.659, com repercussão geral reconhecida, em que se discute a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio no Brasil. Nos Estados Unidos, já existe literatura crítica acerca da insuficiência até mesmo dos parâmetros fornecidos pela "*preemption doctrine*": SCHWARTZ, David S.. High Federalism: Marijuana Legalizationand the Limits of Federal Power to Regulate States (March 21, 2013). Cardozo Law Review**,** Vol. 35, No.567, 2013; Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1222. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2237618.

[356] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341, Relator Ministro Marco Aurélio, Redator para Acórdão Ministro Edson Fachin, julgado em 15/04/2020, publicado no DJe 16/04/2020.

[357] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.343, Relator Ministro Marco Aurélio, Redator para Acórdão Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 06/05/2020, publicado no DJe 03/06/2020.

[358] Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 811. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 08/04/2021, publicado no DJe 22/04/2021.

[359] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.588, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 31/05/2021, publicado no DJe 04/06/2021.

4.4 Conclusões parciais: conciliando o princípio da segurança jurídica com o direito administrativo do risco

À primeira vista, seriam inconciliáveis o princípio da segurança jurídica e a disciplina dos riscos: se o primeiro pretende assegurar aos cidadãos previsibilidade na atuação do Estado; a segunda assume que, em cenários de incerteza técnico-científica, o trabalho de predição do futuro é praticamente impossível. Desse modo, a disciplina dos riscos pretende, em muitos momentos, afastar a garantia individual do direito adquirido em favor da prevenção de tragédias ou da catalisação de inovações que afetariam toda coletividade. Porém, sua utilização meramente retórica, e não apoiada em dados técnicos suficientes, importa em amesquinhamento de um direito fundamental de estatura constitucional.

Nesse contexto, o modelo de Nova Governança (*New Governance*) de Orly Lobel promete conciliar essas duas perspectivas, construindo um direito administrativo capaz de cumprir seu papel no século XXI. Para tanto, adota a relevante premissa, reproduzida no início deste capítulo, de que "a inovação científica, associada às tensões imprevisíveis da competição acirrada, demanda técnicas que incorporem mudanças e melhorias". É dizer que a flexibilidade e a adaptabilidade são características fundamentais a um direito administrativo que pretenda responder às demandas da "sociedade de riscos mundial".

Por essa razão, defendeu-se a perspectiva dinâmica do princípio da segurança jurídica, a qual aposta na adoção mais abrangente de normas temporárias e experimentais para regulação de matérias de duração determinada ou oriundas de inovações disruptivas. Além disso, também estimula soluções que prestigiem situações jurídicas transitórias, por meio da proteção às legítimas expectativas. A partir dessas duas premissas, acredita-se, seria reduzido a um ponto ótimo o nível de desconexão regulatória entre a norma e seu objeto, sem descuidar da garantia traduzida no princípio da segurança jurídica.

Assim, sob o aspecto temporal, apresentou-se as potencialidades da cláusula de revisão (*sunset clauses*) e da legislação experimental (*experimental legislation*) à luz da teoria desenvolvida por Sofia Ranchordás, que já conta com respaldo normativo para sua adoção. Noutro giro, sob o prisma espacial, a partir da proposta do experimentalismo democrático de Charles Sabel e de Mangabeira Unger, destacou-se a possibilidade de exploração da forma de Estado federalista, de modo que os Estados, Distrito Federal e Municípios pudessem funcionar como verdadeiros laboratórios da democracia.

No Brasil, como visto ao longo deste capítulo, já são sentidos os influxos desta concepção dinâmica da segurança jurídica. O artigo 23 da Lei de Introdução às Normas do

Direito Brasileiro, introduzido pela lei federal nº 13.655/18, aposta na adoção ampla de regimes de transição razoáveis "sempre que houver imposição de novo dever ou condicionamento a direito". No campo das normas temporárias, o artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, desde sua redação originária, já permitia a utilização do instituto, que foi reforçado pela recente aprovação da Lei Complementar federal nº 182/21. Por fim, sob o aspecto espacial, defendeu-se interpretação do texto constitucional que estimule o exercício criativo das competências legislativas e administrativas dos entes subnacionais.

Tudo isso sugere que o projeto defendido neste trabalho é não apenas possível, como desejável sob o ponto de vista experimental, promovendo direitos fundamentais e permitindo o surgimento de desenhos institucionais inovadores. Como já sinalizado por Orly Lobel, "as novas realidades do século XXI não mais permitem o projeto de Estado tradicional, mas, ao contrário, exigem a proliferação de fontes inovadoras e diversas de normas e de estratégias". O direito público precisará se adaptar a essas novas realidades, e o direito administrativo do risco fornece instrumentos valiosos para o equilíbrio possível entre o princípio da segurança jurídica e a convivência mais frequente com cenários de incerteza técnico-científica.

CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu estudar os impactos da disciplina dos riscos na seara do direito administrativo, principalmente sob a perspectiva da "sociedade de riscos mundial" de Ulrich Beck e da "modernidade líquida" de Zygmunt Bauman. A hipótese que circunscreveu a pesquisa – a ideia de que o Estado Moderno continua a fornecer instrumentos suficientes para atender às demandas contemporâneas em cenários cada vez mais cotidianos de grave incerteza técnico-científica – parece, em grande medida, ter se confirmado. A despeito da apresentação das propostas de uma Pós-Modernidade ou de um Estado do Risco, verificou-se que não haveria necessidade de ruptura do sistema hoje existente, mas sim de seu aprofundamento.

De fato, o estudo dos instrumentos normativos e dos apontamentos doutrinários sobre o tema autoriza a defesa da permanência da centralidade do Estado Moderno na solução de questões que envolvam o gerenciamento do risco pelo gestor público, funcionando como vetor da inovação e como fundamento de incidência da precaução. Diante da inevitabilidade do experimentalismo – e da aceleração de seu ritmo no século XXI –, é essencial a incorporação dos elementos afetos ao direito administrativo do risco, que foram estudados ao longo do segundo capítulo, a saber, a inovação, o erro e a precaução. O equilíbrio possível entre esses elementos – a que se destina o chamado direito administrativo do risco – minimiza tragédias e permite a depuração de um espaço de erro tolerável do gestor público.

Nesse contexto, o objetivo do princípio da precaução seria, notadamente, o de promover o equilíbrio harmônico e dinâmico entre dois elementos em conflito aparente no âmbito do direito administrativo do risco: erro e inovação. De um lado, na versão forte do princípio da precaução, se defende que, diante de riscos incontroláveis, o Estado deve proibir a atividade até que haja elementos científicos que militem em favor da segurança da proposta. De outro lado, em sua versão fraca, haveria um dever de regulação estatal *ex ante*, de modo a controlar mais intensamente atividades que envolvam riscos desconhecidos.

Para além dessas categorias, que compõem os eixos do direito administrativo do risco, a avaliação da hipótese do trabalho demandou a exposição de ferramentas que pudessem auxiliar o gestor público na construção de soluções em cenários de incerteza técnico-científica. Nesse contexto, os terceiro e quarto capítulos pretenderam delinear algumas ferramentas que poderiam ser extraídas, respectivamente, dos princípios da eficiência e da segurança jurídica. A opção por esses dois princípios decorre do recente processo de releitura

pelo qual ambos vêm passando, que culminaram na aprovação da lei federal nº 13.655/2018, a qual acrescentou novas regras à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

Nesse passo, a proposta de releitura dos princípios constitucionais da eficiência e da segurança jurídica permitiu a adaptação da Administração Pública aos anseios do século XXI. A recente reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – embora não vocacionada propriamente à disciplina dos riscos – trouxe impactos relevantes no tema. De um lado, a releitura do princípio da eficiência passou a relativizar as premissas de aversão ao erro na gestão pública e de crença de que *experts* fornecerão sempre a única resposta correta aos problemas postos. De outro lado, no que se refere ao princípio da segurança jurídica, sua concepção dinâmica defende o avanço de normas temporárias e experimentais para regulação de matérias de duração determinada ou oriundas de inovações disruptivas. Se de um lado a norma precisa ser estável para garantia da segurança jurídica, de outro, a demora excessiva em sua atualização pode torná-la sem qualquer utilidade prática.

Dessa forma, à luz dessas breves considerações finais, espera-se que a dissertação tenha alcançado seu objetivo de apresentar linhas gerais acerca do direito administrativo do risco, de seus elementos e das possíveis ferramentas de que dispõe na difícil tarefa de evitar as tragédias e catalisar a inovação. Esta especialização do direito administrativo do risco precisa ser capaz de fornecer instrumentos eficientes e seguros ao gestor público que precisa tomar decisões em cenários de incerteza técnico-científica. Com a expansão dos horizontes deste novo campo do direito administrativo, inclusive entre seus estudiosos, acredita-se que o Estado Moderno permanecerá capaz de dar as respostas que a sociedade contemporânea exige.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1ª Edição, 2018.

_____. A Era do Imprevisto: A grande transição do século XXI. São Paulo: Cia das Letras, 2017, 1ª Ed.

ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil – um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado. SEAE/MF, Documento de Trabalho nº 35.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ARAUJO, Valter Shuenquener de. Efeitos da inovação no Direito Administrativo brasileiro: queremos saber o que vão fazer com as novas invenções. In: QUIRINO, Carina de Castro; MENDONÇA, José Vicente Santos de; BAPTISTA, Patrícia Ferreira (coordenadores). Inovações no Direito Público. Curitiba: CRV, 2018.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. Responsive regulation – Transcending the deregulation debate. 1992.

BAG, Sugata. Incomplete Contracts, Self-Investments, Asymmetric Information, Breach of Contract and the Legal Remedies. Disponível em: SSRN: https://ssrn.com/abstract=1155987 (Último acesso em 29.12.2021).

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. Understanding regulation: theory, strategy, and practice. Oxford University Press, 1999.

BAPTISTA, Patrícia. Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo – Análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. 1ª ed. CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014.

_____; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. Revista de Direito Administrativo, v. 273, 2016, p.123-163.

_____. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª Edição, 2018.

_____; DIONISIO, Pedro. O Direito Administrativo do risco: a nova intervenção estatal sob o enfoque da segurança alimentar. Revista De Direito Sanitário, 18, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, Volume 8, nº 02, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Revolução digital, crise da democracia e aquecimento global: limites do Direito em um mundo em transformação. Mimeografado, 2019.

_____. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. Revista de informação legislativa, v.38, n.153, p.255-270, jan./mar. 2002).

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves (Org). O Federalismo na visão dos Estados: uma homenagem do Colégio Nacional dos Porcuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – CONPEG – aos 30 anos de Constituição. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Trad. Plínio Dentzien. Cambridge: Polity, 2000.

BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BENTO, Juliane Sant”Ana; ENGELMANN, Fabiano; PENNA, Luciana Rodrigues. Doutrinadores, políticos e “Direito Administrativo” no Brasil. Revista Política & Sociedade, v.16, n.37, set./dez. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª Edição, 2014.

_____. Poder de polícia, ordenação, regulação – Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2ª Ed., 2016.

_____; CYRINO, André. O Art.28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo – Edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (lei nº 13.655/2018), nov.2018.

BLACK, Julia. Critical reflections on regulation. Australian Journal of legal philosophy, 2002.

_____. The role of risk in regulatory processes. In BALDWIN, R.; CAVE, M., LODGE M. Oxford Handbook of Regulation. Oxford University Press, 2010.

_____; MURRAY, Andrew. Regulating AI and *Machine Learning*: setting the Regulatory Agenda. European Journal of Law and Technology, v.10, n.3, 2019.

BRAITHWAITE, John. Neoliberalism or regulatory capitalism? In BRAITHWAITE, John. Regulatory capitalism: how it works and ideas for making it work better, 2008.

BREYER, Stephen. Breaking the vicious circle – towards effective risk regulation. Cambridge, United States: Harvard University Press, 1993.

BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo R. Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais. São Paulo: Blucher, 2017, p.325 Apud POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Contratos Públicos na Lei de Inovação – transferência de tecnologia, acordo de parceria e encomenda tecnológica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhat; RÊGO, Eduardo de Carvalho. Constituição Federal de 1988 e a cultura do inconstitucionalismo. In: BOLONHA, Carlos et al. (Coord.). 30 anos da Constituição de 1988: uma jornada democrática inacabada. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CARNEIRO, Rafael Araripe. STJ em números: improbidade administrativa. Plataforma Jota – Opinião & Análise, 2020 (Último acesso em 01.05.2021).

CARRIGAN, Cristopher; COGLIANESE, Cary. Capturing Regulatory Reality: Stigler”s The Theory of Economic Regulation. University of Pennsylvania Law School – Institute for Law and Economic Research Paper n. 16-15, 2016.

CARVALHO, Gabriela de. O conteúdo jurídico do sistema federativo. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 15, n. 51, p.133-161, jan./mar. 2014.

CHEVALIER, Jacques. O Estado pós-moderno. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COUTINHO, Diogo R. O Direito nas Políticas Públicas. *In*: Carlos Ari Sundfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis. (Org.). Contratos Públicos e Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Malheiros-SBDP, volume 1, 2015.

_____. Regulation and its crisis. In LODGE, M (ed.). Regulation scholarship in crisis? LSE Discussion Paper 84.

_____. Direito e institucionalismo econômico: apontamentos sobre uma fértil agenda de pesquisa. Revista de Economia Política, v.37, nº 03 (148), pp.565-586, julho-setembro/2017.

_____; SCHAPIRO, Mario. Agências reguladoras: para frente é que se anda. Plataforma Jota – Regulação, 2018 (Acesso em 06.06.2020).

_____; MOUALLEM, Pedro Salomon B. Um direito para a inovação: óbices jurídicos e institucionais à inovação no Brasil a partir da noção de "famílias" de gargalos jurídico-institucionais. Plataforma Jota – Inova & Ação, 2018 (Último acesso em 28.04.2021).

_____; MAIA, Gabriel Dantas. Aprendizado e experimentação em inovação: o caso das encomendas tecnológicas. Plataforma Jota – Inova & Ação, 2018 (Último acesso em 10.12.2020).

DE ANDRADE, Rogerio Pereira. A construção do conceito de incerteza: uma comparação das contribuições de Knight, Keynes, Schackle e Davidson. Revista Nova Economia, Belo Horizonte, v.21, nº 02, maio/agosto 2011.

DIONISIO, Pedro de Hollanda. O direito ao erro do administrador público no Brasil – contexto, fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: GZ Editora, 1ª Ed., 2019.

_____. Princípio da precaução e contradições na regulação do risco. *In*: BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela (Orgs.). Regulação 4.0 – Novas tecnologias sob a perspectiva regulatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

EICHENGREEN, Barry; AKSOY, Cevat G.; SAKA, Orkun. Revenge of the *Experts*: Will COVID-19 renew or diminish public trust in Science?. Journal of Public Economics, Systemic Risk Centre Discussion Papers DP 106, 2020.

ELAZAR, Daniel J. Federalismo como meio e como fim. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p.45, jul./set. 2011, Trad. Rubens Eduardo Glezer.

ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado – contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 1999.

FEINTUCK, Mike. Regulatory rationales beyond the economic: in search of the public interest. *In*: BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. Oxford Handbook of Regulation. Oxford University Press, pp.39-63.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Poder constituinte do Estado-Membro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª Ed.,1979.

GAETANI, Francisco; CUNHA, Bruno Queiroz; CARVALHO, Sergio Henrique de. The limits of learning from disasters. Risk & Regulation Magazine, v.37, 2019, p.33-34.

GARCIA, Flavio Amaral; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Desastres naturais e as contratações emergenciais. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, v.265, pp.149-178, jan./abr. 2014.

GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha C. Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas. Brasília: IPEA, 2014.

GRABOSKY, Peter, Couterproductive Regulation. 23 International Journal of the Sociology, 1995.

GRAU, Eros Roberto. Direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 8ª Ed., 2011.

HARARI, Yuval Noah. Homo Deus: Uma breve história do amanhã. Trad. Paulo Geiger. 1ª Ed. São Paulo: Cia das Letras, 2016.

HAYEK, F.A. The use of knowledge in Society. The American Economic Review, v.35, nº 4, 1945, pp.519-530.

HUTTER, Bridget; LLOYD-BOSTOCK, Sally. Regulatory crisis – Negotiating the consequences of risks, disasters and crises. Cambridge: Cambridge University Press, 1ª Ed., 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 13ª Ed., 2018

IBRAC. Institucionalização e prática da Análise de Impacto Regulatório no Brasil, 2020.

KNIGHT, Frank H. Risk, Uncertainty, and Profit. Boston MA: Hart, Schaffner and Marx; Houghton, 1921. Disponível em: https://oll.libertyfund.org/titles/306. Último acesso em 15/09/2020.

KOOP, Christel; LODGE, Martin. What is regulation? An interdisciplinary concept analysis. Regulation and governance, 11.

KOSEMAR, Neil K. Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy. London: The University of Chicago Press, 2ª Ed., 1996.

KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. Trad. Paulo Aukar. Santa Maria: Edição do Tradutor, 2018.

LADEUR, Karl. The Evolution of General Administrative Law and the Emergence of Postmodern Administrative Law, 2014.

_____. The Emergence of Global Administrative Law and the Evolution of General Administrative Law. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 1, n.2, p.09-90, mai./ago. 2012.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. Revista eletrônica de direito administrativo econômico – REDAE, n.15, 2008.

_____. A retórica do Supremo: precaução ou proibição? Plataforma Jota – STF, 2016 (Acesso em 16.09.2020).

_____. O direito ao erro do administrador público é compatível com o dever de precaução? Plataforma Jota – Pandemia, 2020 (Acesso em 16.09.2020).

LEVI-FAUR, David. The odyssey of the Regulatory State: from a "thin" monomorphic concept to a "thick" and polymorphic concept. Law and Policy, 2013.

_____. Regulation & Regulatory Governance. Jerusalem Papers in Regulation & Governance, 2010

LEVY, Brian; SPILLER, Pablo. The institutional foundations of regulatory commitment: a comparative analysis of telecommunications regulation. Journal of law, economics, and organization, v.10, nº 2.

LIMONGI, Fernando. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. In Novos Estudos – CEBRAP, São Paulo, no 76. Disponível online: http://dx.doi.org/10.1590/S 0101-33002006000300002 (Último acesso em 20.04.2021).

LOBEL, Orly. The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought. Minnesota Law Review, v.8, San Diego Legal Studies Paper nº 07-27.

LODGE, Martin; STIRTON, Lindsay. *Accountability* in the Regulatory State. In BALDWIN, R.; CAVE, M., LODGE M. Oxford Handbook of Regulation. Oxford University Press, 2010.

_____; WEGRICH, Kai. The Regulatory State in Crisis: a public administration moment?, Research Gate, 2012, Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/242769864_The_Regulatory_State_in_Crisis_a_public_administration_ moment. Acesso em: 29.07.2020.

LOUREIRO, Maria Rita; TEIXEIRA, Marco Antonio; FERREIRA, Alberto. Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas. Orgs. GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha C. Brasília: IPEA, 2014, p.137- 160.

MAGALHÃES PIRES, Thiago. O poder constituinte decorrente no Brasil: entre a Constituição e o Supremo Tribunal Federal. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 295-314, jan./mar. 2018.

_____. Federalismo para quem? Um balanço aos 30 anos da Constituição de 1988. Revista Publicum: Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 63-84.

_____. Federalismo, flexibilidade e assimetria no direito brasileiro: agrupamentos municipais, convênios de cooperação e consórcios públicos. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, p. 125-154, maio/ago. 2017

MAJONE, Giandomenico. As transformações do Estado regulador. Revista de Direito Administrativo, v.262, p.11-43, jan./abr. 2013.

_____. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. Revista do Serviço Público, ano 50, n.1, jan./mar. 1999.

MANHEIN, Karl; KAPLAN, Lyric. Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy. Yale Journal of Law and Technology 106, 2019, Loyola Law School, Los Angeles Legal Studies Research Paper No. 2018-37, Diponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3273016 (Último Acesso em 20.08.2020.

MARINS, Leonardo. Limites ao princípio da simetria constitucional. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação. In: Carlos Ari Sundfeld; Guilherme Jardim Jurksaitis. (Org.). Contratos Públicos e Direito Administrativo. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____. Art. 23 da LINDB: o equilíbrio entre a mudança e a previsibilidade na hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo – Edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (lei nº 13.655/2018), nov.2018.

_____; FREITAS, Rafael Véras. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. Plataforma Consultor Jurídico – CONJUR, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai- 25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto> Último acesso em: 10.04.2021.

_____; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: o caso TAC ANATEL, no prelo, p.60

MARRAFON, Marco Aurélio. Reengenharia constitucional para superar a crise da democracia liberal. Revista Consultor Jurídico – Coluna “Constituição e Poder”, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-05/constituicao-poder-reengenha ria-constitucional-superar-crise-democracia-liberal> Último acesso em: 26.07.2020.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A responsabilidade extracontratual do Estado e de seus agentes por decisões tomadas em situações de risco e incerteza: uma comparação entre Brasil e Portugal. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 261, set./dez. 2012, pp. 89-113.

MASHAW, Jerry. *Accountability* and institutional design: some thoughts on the grammar of governance. Yale Law School: Research Paper nº 116, chapter 5. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=924879 (Último acesso em 06.04.2021).

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. O sistema jurídico-institucional de investimentos público-privados em inovação no Brasil. Belo Horizonte: Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Ano 7, n.28, out.-dez.2009.

MAURICIO JUNIOR, Alceu. O Estado de Risco: O Estado Constitucional de Direito no Paradigma Social do Risco; Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Orientador: José Ribas Vieira, 2011.

MAZZUCATO, Mariana. O Estado Empreendedor – Desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. Trad. Elvira Serapicos, 1ª Ed. São Paulo: Portfolio Penguin, 2014.

_____. The value of everything: making and taking in the global economy. 1ª Ed. PublicAffairs, 2018.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, v.17, n.69, 2017.

_____. As Fases do Estudo Sobre Regulação da Economia na Sensibilidade Jurídica Brasileira. Revista Opinião Jurídica, v.13, n.17, 2015.

_____. Em resposta a tragédia o Estado regula muito e mal. Revista Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-fev- 01/jose-vicente-resposta-tragedias-estado-regula-regula-mal> Último acesso em: 01.09.2020.

_____. Qual a natureza jurídica dos sandboxes regulatórios? – Quando os desafios do presente se socorrem dos métodos do passado. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal; MONTEIRO, Vera. Publicistas: direito administrativo sob tensão. Belo Horizonte: Fórum, 2022, pp.261-262.

MODESTO, Paulo. O erro grosseiro administrativo em tempos de incerteza. Revista Consultor Jurídico. Coluna “Interesse Público”, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-30/interesse-publico-erro-grosseiroadministrativo-tempos-incerteza> Último acesso em: 02.08.2020.

MORGADO, Cíntia. O direito administrativo do risco a nova intervenção estatal sob o enfoque da segurança alimentar. Florianópolis: Gramma Livraria e Editora, 2017.

MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel. Preventing regulatory capture – Special interest influence and how to limit it. New York: Cambridge University Press, 1ª Ed., 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O mito do “quanto mais controle melhor” na Administração Pública. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 18, n.71, pp.91-116, out./dez. 2020.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales – Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy e RAILE, Eric. Presidencialismo de coalizão e recompensas paralelas. In Legislativo brasileiro em perspectiva comparada, org. Magda Inácio e Lucio Rennó, Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009, pp. 207-234.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Saraiva Jur. 2ª Ed., 2018.

PICCIOTTO, Sol. Regulation: Managing the antinomies of economic vice and virtue. Social & Legal Studies, v.26, pp.676-699, 2017.

PINKER, Steven. Enlightenment now: the case for reason, science, humanism and progress. New York: Penguin, 2018.

PIRES, Roberto Rocha. Beyond the fear of discretion: flexibility, performance, and *accountability* in the management of regulatory bureaucracies. Regulation and governance, v.5, 1, pp.43-69, 2011.

PÓ, Marcos Vinícius; ABRÚCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e *accountability* das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. Revista de Administração Pública, v.40 (4), 2006.

POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Contratos Públicos na Lei de Inovação – transferência de tecnologia, acordo de parceria e encomenda tecnológica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

RACHED, Danielle. The Concept(s) of *Accountability*: Form in Search of Substance. Leiden Journal of International Law, 2016, 29(2), 317-342.

RANCHORDÁS, Sofia. *Sunset clauses* and experimental regulations: blessing or curse for legal certainty?. Statute Law Review, 2015.

RAU, Markus. Subsidiarity and Judicial Review in German Federalism: The Decision of the Federal Constitutional Court in the Geriatric Nursing Act Case. German Law Journal, Cambridge University Press, v.04, 2003, pp.223-236.

ROCHA, Jean-Paul Veiga da. Quem tem medo da delegação legislativa? Revista de Direito Administrativo, v.271, pp.193-221.

ROQUE, Tatiana. A queda dos *experts*. Revista Piauí, São Paulo, n.176, 2021.

SABEL, Charles; ZEITLIN, Jonathan. Experimentalist Governance. Forthcoming in David Levi-Faur (ed.), The Oxford Handbook of Governance, 2011.

SALGADO, Lucia Helena. Texto para Discussão (TD) 1388: Caos aéreo e tragédia dos comuns: falhas de mercado e de governo. Plataforma RC-IPEA, 2009. Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/handle/ 11058/1566 (Último acesso em 12.09.2020).

SANDEL, Michael J. O que o dinheiro não compra – Os limites morais do mercado. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 9ª Ed., 2017.

SCHAPIRO, Mario G. Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes. Revista DIREITO GV 24. 2016.

_____. Do Estado Desenvolvimentista ao Estado Regulador? Transformação, resiliência e coexistência entre dos modos de intervenção. Revista de Estudos Institucionais, v.4, n.2, 2018.

SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 3ª Ed., 2020.

SCHUMPETER, Joseph. Capitalism, socialism and democracy. ePub, Edição Kobo, EUA, 2015.

SCHWARTZ, David S.. High Federalism: Marijuana Legalization and the Limits of Federal Power to Regulate States (March 21, 2013). Cardozo Law Review, Vol. 35, No. 567, 2013; Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1222. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2237618 (Último acesso em 26.10.2019).

SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Contract Law. Cambridge: NBER Working Paper N. 9696, 2003.

STIGLER, George J. A Teoria da Regulação Econômica. In MATTOS, Paulo, et. al. (ed) Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2002.

STIGLITZ, Joseph. Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation. In E. Balleisen & D. Moss (Eds.), Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 13-51, 2009. SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª Ed., 2014.

_____; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; FILHO, Marçal Justen; MONTEIRO, Vera. Surpresa positiva do STF no julgamento da MP 966. Plataforma Jota – Opinião & Análise, 2020 (Último acesso em 15.09.2020).

SUNSTEIN, Cass R. Beyond Marbury: The Executive"s Power to Say What the Law is. Yale Law Journal, Forthcoming; AEI-Brookings Joint Center Working Paper No. 05- 21; U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper Nº 268.

_____. Paradoxes of the Regulatory State. The University of Chicago Law Review 407, 1990. Disponível em: SSRN: https://ssrn.com/abstract=2842302 (Último acesso em 29.12.2021).

_____. The office of information and regulatory affairs: Myths and realities. Harvard Law School: Public Law & Legal Theory Working Paper Series, Paper nº 13-07, 2012.

_____. Falsehoods and the First Amendment. Harvard Journal of Law & Technology, Volume 33, Number 2, 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/ sol3/papers.cfm?abstract_id=342675. (Último acesso em 20.08.2020).

_____. Para além do princípio da precaução. Revista de direito administrativo – RDA, v.259, jan./abr. 2012, p.11-61.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, volume II, 2ª Ed., 2012.

THIERER, Adam. The Pacing Problem, the Collingridge Dilemma & Technological Determinism, 2018. Disponível em: https://techliberation.com/2018/08/16/the-pacing-problem-the-collingridgedilemma-technological-determinism (Acesso em 14.08.2020).

TOSTA, André Ribeiro. Instituições e o direito público: empirismo, inovação e um roteiro de análise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1ª Edição, 2019

TRUBECK, David; TRUBECK, Louise. New governance and legal regulation: complementarity, rivalry, and transformation. Columbia Journal of European Law, Summer. Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper nº 1047.

UERJREG. Análise de impacto regulatório: panorama geral – Relatório Técnico. 2020.

UNGER, Roberto Mangabeira. A construção do experimentalismo democrático. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v.257, maio/agosto 2011.

VERMEULE, Adrian. Local and global knowledge in the administrative state. Harvard Law School. Public Law & Legal Theory Working Paper Series Paper nº 13-01.

_____. Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VIANNA, Eduardo Araujo Bruzzi. Regulação das Fintechs e Sandboxes Regulatórias. Dissertação de Mestrado, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018.

VISCUSI, W. Kip, The Fatal Failure of the Regulatory State. William & Mary Law Review, Forthcoming; Vanderbilt Law Research Paper No. 18-18, 2018.

VOS, Ellen. EU Food Safety Regulation in the Afttermath of the BSE Crisis. Netherlands: Journal of Consumer Policy 23, 2000, pp.227-255.

WEBER, Max. A gênese do capitalismo moderno. Organização, apresentação e comentários: Jessé Souza. Tradução: Rainer Domschke. São Paulo: Ática, 2006.

WEIMER, Maria; PISANI, Gaia. Expertise as justification – The contested legitimation of the EU "risk administration". Amsterdam Centre for European Law and Governance Research Paper, 19, 2016.

WIENER, Jonathan B.; ROGERS, Michael D. Comparing precaution in the United States and Europe. Journal of Risk Research, v.05, 2002.

WILLEMAN, Marianna Montebello. O desenho institucional dos Tribunais de Contas e sua vocação para a tutela da *accountability* democrática: perspectivas em prol do direito à boa administração pública no Brasil. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Orientador: Adriano Pilatti, 2016.

WOLF, Charles. Markets or governments: choosing between imperfect alternatives. Santa Monica: The Rand Corporation, 1986.

WU, Tim. The curse of bigness: Antitrust in the new gilded age. Nova Iorque: Columbia Global.