

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, PESQUISA E DESENVOLVIMENTO
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO

**O CONTROLE DE DISCRICIONARIEDADE DO AGENTE PÚBLICO NO
MOMENTO DO COMBATE E PREVENÇÃO AO COVID-19**

Uma análise das técnicas de atribuição e controle de discricionariedade dos agentes públicos investigados na operação *Para Bellum* no Estado do Pará

Diego Luiz Lima De Castro
Professor Doutor Ney de Barros Bello Filho.

Salvador
2023

DIEGO LUIZ LIMA DE CASTRO

**O CONTROLE DE DISCRICIONARIEDADE DO AGENTE PÚBLICO NO
MOMENTO DO COMBATE E PREVENÇÃO AO COVID-19**

Uma análise das técnicas de atribuição e controle de discricionariedade dos agentes públicos investigados na operação *Para Bellum* no Estado do Pará

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, desenvolvida no Programa de Mestrado Profissional em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino e Pesquisa.

Orientação: Professor Doutor Ney de Barros Bello Filho.

Salvador

2023

DIEGO LUIZ LIMA DE CASTRO

**O CONTROLE DE DISCRICIONARIEDADE DO AGENTE PÚBLICO NO
MOMENTO DO COMBATE E PREVENÇÃO AO COVID-19.**

Uma análise das técnicas de atribuição e controle de discricionariedade dos agentes públicos investigados na operação *Para Bellum* no Estado do Pará.

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, desenvolvida no Programa de Mestrado Profissional em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino e Pesquisa.

04/10/2023

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho
Instituto Brasileiro de Ensino e Pesquisa - IDP

Prof.^a. Dr.^a. Mônica Teresa Costa Sousa
Universidade Federal do Maranhão - UFMA

Prof. Dr. Carlos Vinícius Alves Ribeiro
Instituto Brasileiro de Ensino e Pesquisa - IDP

Aos meus filhos Guilherme Castro e João Castro, e à minha esposa,
Juliana Perrucci, por todo amor e carinho dedicados.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado surgiu da indagação acerca do *modus operandi* da atribuição e controle de discricionariedade ao agente público durante o momento do combate e prevenção ao COVID-19. Dessa forma, em face a uma série de flexibilizações das normas vigentes, compreender a forma como a discricionariedade do agente público fora atribuída, bem como, quais os limites explícitos e implícitos que condicionam esta discricionariedade, constitui o ponto central da pesquisa. Para isso, foram realizadas revisões bibliográficas e análises dos dados disponíveis sobre o caso prático, sendo abordados nos seguintes capítulos: teoria da discricionariedade do agente público; ponderações acerca dos limites da discricionariedade do agente público diante do caso concreto; discricionariedade e responsabilidade: o caso da compra de respiradores obsoletos, investigado pela Operação “Para Bellum”. Desse modo, após o detalhamento dos conceitos propedêuticos, por meio da análise do caso concreto, fora possível esmiuçar os dados disponíveis sobre a Operação Para Bellum, que se tratou de uma operação policial deflagrada no Estado do Pará para a investigação de supostos desvios das verbas públicas destinadas para o combate e prevenção ao COVID-19, havendo o adiantamento de mais de 25 (vinte e cinco) milhões de reais para a aquisição de respiradores obsoletos. Diante disso, por meio da análise do caso concreto fora possível compreender o modo como a atribuição e o controle da discricionariedade do agente público se desenvolveu na prática, trazendo para o cenário acadêmico as contribuições do confronto entre os conceitos propedêuticos e as peculiaridades de um recorte do cenário pandêmico.

Palavras-chaves: Controle – Discricionariedade – Agente Público – COVID-19 – Operação Para Bellum

ABSTRACT

This master's thesis arose from the inquiry into the modus operandi of attributing and controlling discretion to public agents during the fight against and prevention of COVID-19. Thus, in the face of a series of flexibilities in current regulations, understanding the way in which the public agent's discretion was assigned, as well as the explicit and implicit limits that condition this discretion, constitutes the central point of the research. To this end, bibliographical reviews and analyzes of available data on the practical case were carried out, being covered in the following chapters: theory of public agent discretion; considerations regarding the limits of the public agent's discretion in the specific case; discretion and responsibility: the case of the purchase of obsolete respirators, investigated by Operation "Para Bellum". In this way, after detailing the propaedeutic concepts, through the analysis of the specific case, it was possible to scrutinize the available data on Operation Para Bellum, which was a police operation launched in the State of Pará to investigate alleged misappropriation of funds public funds intended to combat and prevent COVID-19, with an advance of more than 25 (twenty-five) million reais for the acquisition of obsolete respirators. In view of this, through the analysis of the specific case, it was possible to understand the way in which the attribution and control of the public agent's discretion developed in practice, bringing to the academic scenario the contributions of the confrontation between propaedeutic concepts and the peculiarities of a particular approach. of the pandemic scenario.

Keywords: Control – Discretionary – Public Agent – COVID-19 – Operation Para Bellum

SUMÁRIO

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 8 |
| 2. TEORIA DA DISCRICIONARIEDADE DO AGENTE PÚBLICO..... | 12 |
| 2.1. Conceitos básicos para compreensão do ato administrativo..... | 12 |
| 2.2. A teoria da discricionariedade e as técnicas de atribuição de discricionariedade aos agentes públicos..... | 27 |
| 2.3. Limites da discricionariedade..... | 41 |
| 3. PONDERAÇÕES ACERCA DOS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE DO AGENTE PÚBLICO DIANTE DO CASO CONCRETO..... | 51 |
| 3.1 A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e a definição dos limites legais do controle da discricionariedade..... | 51 |
| 3.2 Os instrumentos de materialização do controle da discricionariedade do agente público..... | 63 |
| 3.3 A resolução consensual de conflitos e a dinâmica de redução e controle da discricionariedade do agente público durante a pandemia..... | 70 |
| 4. DISCRICIONARIEDADE E RESPONSABILIDADE: O CASO DA COMPRA DE RESPIRADORES OBSOLETOS INVESTIGADO PELA OPERAÇÃO “PARA BELLUM” | 79 |
| 4.1. A origem da operação, da terminologia e os dados disponíveis sobre a operação “Para Bellum”..... | 79 |
| 4.2. Análise das técnicas de atribuição da discricionariedade no caso concreto..... | 84 |
| 4.3. Análise das técnicas de controle de discricionariedade e responsabilização implementadas no caso concreto..... | 91 |
| 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 97 |
| REFERÊNCIAS..... | 100 |

1 INTRODUÇÃO

O cenário criado pela pandemia de COVID-19, impôs aos agentes públicos a necessidade de adotarem uma série de medidas com o objetivo de salvaguardar a saúde e a vida da coletividade, envolvendo ações simultâneas dos poderes executivo, legislativo e judiciário. Para isso, foram realizadas sucessivas alterações no Ordenamento Jurídico, com o intuito de aumentar a margem de discricionariedade para o enfrentamento da crise sanitária. Dessa forma, em face da contemporaneidade de tais acontecimentos, a literatura jurídica carece de estudos acerca do tema, razão pela qual, para compreender a dinâmica instaurada durante o período, se faz necessária uma análise multidimensional, rememorando os fundamentos propedêuticos que constituem a base estrutural e principiológica do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Nestes termos, o espírito da pesquisa se orientou inicialmente pela investigação exploratória da doutrina, legislação e jurisprudência que possibilitou a identificação de reflexões acerca das alterações normativas geradas no período, para a adoção de medidas de combate e prevenção ao COVID-19. Na sequência, após fixados os pilares propedêuticos, com a realização de uma perquirição histórica sobre a origem da própria discricionariedade, se fará necessário enveredar na investigação exploratória em busca dos dados disponíveis sobre o caso concreto que se pretende analisar. Assim, estudada a base teórica e analisados os dados disponíveis sobre a Operação *Para Bellum*, será possível realizar o confronto entre as classificações doutrinárias das técnicas de atribuição e controle de discricionariedade e os liames do próprio recorte realizado do cenário pandêmico.

Para fins de estabelecimento de uma linha de pesquisa procedeu-se, com a seleção do material, classificando-o conforme os objetivos e o plano de assuntos delineados no anteprojeto. Dentre os métodos científicos sobressaem, para a consecução dos objetivos da pesquisa, os seguintes: histórico, dialético e o hipotético-dedutivo, destacando-se, ainda, além destes a consulta as fontes institucionais e aos processos públicos ajuizados para a responsabilização dos agentes públicos investigados na Operação *Para Bellum*. Por conseguinte, através da metodologia de pesquisa utilizada, fora possível a realização de revisões bibliográficas, analisando de um modo geral o caso prático envolvendo a Operação

Para Bellum. Isso porque, a investigação policial de supostos desvios e malversações das verbas públicas, envolvendo a aplicação de recursos para o combate e prevenção ao COVID-19, mostrou-se como uma janela de amostra acerca dos inúmeros casos nos quais agentes públicos no uso de seus cargos tiveram que tomar decisões pautados nos poderes decorrentes do exercício da discricionariedade que lhes eram conferidas no período, sendo necessário observar se foram cumpridas as diligências gerais orientadas pelas estruturas de redução e controle dessa discricionariedade que se encontravam implícitas e explícitas no Ordenamento Jurídico como um todo.

A análise das técnicas de atribuição e controle de discricionariedade dos agentes públicos investigados na Operação *Para Bellum*, se trata uma amostra, por meio do qual espera-se delinear os aspectos fundamentais do instituto jurídico da discricionariedade durante a pandemia. Mais uma vez, cumpre salientar que durante tal período, foram flexibilizadas uma série de normas jurídicas que possibilitaram a adoção de medidas que em tese deveriam servir para o combate e prevenção a COVID-19. Não obstante, ultrapassados os períodos mais críticos da pandemia, começou-se a se questionar qual seria o fundamento do exercício dessa discricionariedade pelos agentes públicos? E mais ainda, de que forma poderiam ser exercidos os mecanismos de controle sobre aqueles gastos direcionados a medidas tidas como emergenciais e voltadas a saúde pública?

Para responder a tais perguntas, no decorrer da dissertação serão enfrentados alguns subtemas, de modo a demonstrar de que forma as técnicas de atribuição e controle de discricionariedade podem ser identificadas no caso concreto, destacando-se dentre eles os seguintes: 1) uma breve contextualização acerca dos limites da discricionariedade do agente público, com o destaque dos conceitos fundamentais sobre a validade do ato administrativo e sobre as diversas dimensões da teoria da discricionariedade; 2) ponderações acerca dos limites da discricionariedade do agente público diante do caso concreto, adentrando ainda mais nas classificações doutrinárias a respeito das técnicas de atribuição e controle de discricionariedade, com ênfase para a classificação de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández; 3) e a análise das técnicas de atribuição e controle de discricionariedade no caso da Operação *Para Bellum* como forma de materialização dos conceitos abordados na dissertação, havendo para isso o

confronto entre as previsões da LINDB e dos decretos federais e estaduais editados no período atribuindo maior margem de discricionariedade ao agente público para o firmamento e pagamento de contratos.

Destarte, para que haja uma breve contextualização acerca dos limites da discricionariedade do agente público, se mostra imprescindível a abordagem a respeito dos seguintes pontos: a) conceitos básicos para compreensão do ato administrativo como fruto do diálogo entre o Estado de Direito e o princípio da legalidade; b) as técnicas de atribuição da discricionariedade aos agentes públicos sob a classificação de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández; c) e os limites da discricionariedade como o reflexo da dinâmica entre os termos jurídicos indeterminados e as técnicas de redução e controle judicial da própria discricionariedade.

Seguindo o cronograma de subtemas da presente dissertação e ultrapassados os aspectos propedêuticos, importante a realização de ponderações acerca dos limites da discricionariedade do agente público diante do caso concreto, abordando dentre outros aspectos: a) a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a definição dos limites legais do controle de discricionariedade; b) os princípios norteadores da Administração Pública e as ferramentas de controle da discricionariedade do agente público; c) e a importância dos meios de solução consensual de conflitos para a redução e o controle da discricionariedade dos agentes públicos na pandemia de COVID-19, trazendo mais informações a respeito de como tais instrumentos se fizeram presentes durante o período pandêmico.

Por fim, após a compreensão dos pontos definidos anteriormente será possível a análise das técnicas de atribuição e controle de discricionariedade no caso da Operação *Para Bellum*, situando o leitor nos seguintes aspectos: a) a origem da operação, da terminologia e os dados disponíveis sobre a operação "*Para Bellum*"; b) a análise das técnicas de atribuição da discricionariedade no caso concreto, aplicando a primeira linha de conceitos propedêuticos estudados ao longo da dissertação; c) e a análise das técnicas de controle de discricionariedade e responsabilização no caso concreto, aplicando a segunda linha de conceitos propedêuticos estudados ao longo da dissertação.

Note-se, portanto, que a análise do caso concreto, constituirá a materialização dos conceitos doutrinários estudados, haja vista que apesar das técnicas de

atribuição e controle de discricionariedade do agente público não se tratarem de matéria nova no âmbito acadêmico, a sua análise a luz do cenário pandêmico poderá demonstrar como tais institutos ainda coexistem diante de situações de calamidade pública. Dessa forma, o caso concreto que será devidamente esmiuçado no capítulo final da presente dissertação, consiste numa operação policial que fora deflagrada para investigar supostos desvios de verbas públicas para a compra de respiradores obsoletos, com o adiantamento de mais de 25 (vinte e cinco) milhões de reais, razão pela qual verificou-se inegável dano ao erário e que fora responsável pelo desencadeamento de uma investigação de âmbito nacional, iniciando-se pelo Estado do Para com a operação Para Bellum.

Assim, ao final da dissertação espera-se compreender a forma como foram atribuídas e delimitadas as discricionariedades dos agentes públicos em face aos novos liames decorrentes do evento pandêmico. Destacando, ainda, os conceitos básicos do ato administrativo, as técnicas formais e contemporâneas de atribuição de discricionariedade e ainda os pilares normativos e principiológicos do referido instituto jurídico. Deste modo, se utilizando do caso concreto acerca da operação “Para Bellum”, a presente dissertação de mestrado demonstrará de forma objetiva, quais as técnicas de atribuição e controle de discricionariedade utilizados pelo Estado do Pará e pelos órgãos de fiscalização, com ênfase na atuação do Ministério Público Estadual, para evitar ou ressarcir os excessos eventualmente cometidos pelos agentes públicos na utilização dos recursos emergenciais para o combate e prevenção do COVID-19.

2 TEORIA DA DISCRICIONARIEDADE DO AGENTE PÚBLICO

O capítulo introdutório da presente dissertação, terá a responsabilidade de trazer para a pauta os conceitos basilares a respeito da validade do ato administrativo, enveredando pelas dimensões da teoria da discricionariedade e adentrando nas técnicas de atribuição e controle do instituto. Desse modo, observa-se que para a análise do caso concreto, se faz necessário o estudo de tais classificações doutrinárias, compondo as bases teóricas sobre as quais se fundamentarão as perquirições a serem realizadas.

A partir disso, espera-se relembrar os conceitos jurídicos fundamentais do Direito Administrativo Contemporâneo, que permitirão uma análise mais sóbria sobre as modificações normativas identificadas no âmbito federal e estadual atreladas ao caso da Operação *Para Bellum*.

2.1 Conceitos básicos para compreensão do ato administrativo

O objeto principal da presente dissertação de mestrado, consiste na identificação das técnicas de atribuição e controle da discricionariedade dos agentes públicos no combate e prevenção ao COVID-19. Por isso, antes de adentrar nos aspectos estritos acerca dessas técnicas, se faz necessária a compreensão da estrutura e dos requisitos de validade dos atos administrativos. Isso quer dizer, que antes mesmo de discutir os aspectos específicos que constituem o ponto central da pesquisa, será necessário a realização de uma digressão histórica acerca da estrutura dos atos administrativos e sobre a origem do poder de sujeição.

De forma introdutória, cumpre rememorar os ditos atributos dos atos administrativos, destacando quais são os seus requisitos, elementos e pressupostos e quais as consequências jurídicas da ausência dessas características para a exequibilidade de um determinado comando administrativo. Desta forma, os atos administrativos, na sua feição pura e simples, podem ser conceituados conforme a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello como:

[...] a declaração do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título

de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional¹.

A definição do Ato Administrativo trazida constitui ponto crucial para a compreensão da complexidade dos seus fundamentos, haja vista que o ato administrativo não se trata de uma decisão inanimada. Na realidade o ato administrativo designa o exercício de uma prerrogativa pública, que ao mesmo tempo que exerce um papel de regulamentação complementar, também é regulamentada e limitada pela própria lei que a legitima. Sendo, ainda, possível o seu controle através da atuação do órgão jurisdicional que poderá aferir se a atuação administrativa ocorreu dentro dos liames da legalidade. Ou seja, desde a origem o ato administrativo pressupõe a expressa previsão de competências conferidas pela lei e por ela limitada, partindo da própria origem a dinâmica entre atribuição e controle do poder.

Mais que compreender sobre estruturas, elementos e pressupostos, a análise do ato administrativo perpassa pela necessidade de entender a origem destas prerrogativas, assim como, o porquê de serem conferidas a uma Administração Pública. Em outras palavras, o ato administrativo constitui a mais expressa demonstração do estado de sujeição coletiva criado pelo Estado Democrático de Direito, no qual a Administração Pública exerce o poder que lhe foi conferido pela própria Lei. Conforme relembra Eduardo Gárcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, o atual Direito Administrativo é fruto da sucessão de regimes de governos distintos, surgindo “como manifestação das concepções jurídicas da Revolução Francesa e como uma reação direta contra as técnicas de governo do absolutismo”², razão pela qual todo poder emana diretamente do povo e é por ele reafirmado através do exercício das superestruturas de poder.

O que significa, que a análise do fundamento do poder da Administração Pública não se restringe apenas ao estudo do Direito Administrativo, mas necessita perpassar pela compreensão da Sociologia Jurídica e da Ciência Política que remontam a evolução entre os sistemas de governo ao longo do tempo. Além disso, o fundamento originário do Ato Administrativo está diretamente interligado com o próprio surgimento do Direito Administrativo como conhecemos hoje, pois em que

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 393.

² GÁRCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014. p. 442.

pese sempre tenha existido a Administração Pública, seja ela na modalidade absolutista ou liberal, apenas a partir da Revolução Francesa passou-se a delinear os moldes do Direito Administrativo contemporâneo³. Desse modo, em se considerando as diferentes fases pelas quais a Administração Pública passou, podemos trilhar uma linha de evolução histórica caracterizada pelo exercício de um poder ilimitado, sucedido pela mera e exegética aplicação de leis que beiravam o engessamento, e chegando-se até o binômio do exercício das prerrogativas e de poderes especiais versos os deveres e controles especiais, concluindo-se que a atual fase é a que possui maior margem de estabilidade.

Por conseguinte, compreende-se que o ato administrativo, representa não só a materialização da vontade do Estado, mas também o exercício de um poder previamente delimitado pelas diretrizes estabelecidas no próprio Ordenamento Jurídico que o legitima, estabelecendo critérios, limites, formalidades e pré-requisitos para o seu exercício. Segundo, as palavras de Alexandre Santos de Aragão, o ato administrativo se distingue dos demais atos jurídicos pelo seguinte:

[...] A peculiaridade dos atos administrativos em relação aos atos jurídicos em geral é o fato de serem praticados no exercício da função de administração pública, isto é, de busca, com base no ordenamento jurídico, da realização dos objetivos incumbidos ao Estado pela Constituição, com todas as prerrogativas, privilégios, limitações e controles que isso acarreta⁴.

Diante disso, tem-se que os atos administrativos constituem manifestações de vontades unilaterais nas quais a Administração Pública expressa a sua vontade por intermédio dos agentes públicos, de tal forma que a finalidade pública seja alcançada e desde que obedecidas às limitações estipuladas pelo próprio Ordenamento Jurídico. Desse modo, para analisar a responsabilidade dos agentes públicos acerca da malversação dos recursos públicos no combate e prevenção ao COVID-19, se faz mister lembrar quais os atributos, requisitos, elementos e pressupostos que caracterizam os atos administrativos. Isso porque, apenas a partir dessas dimensões principiológicas, que se manifestam como formas de limitação e controle do poder de sujeição que a Administração Pública possui, poderemos avançar com as análises de questões mais complexas surgidas com o

³GÁRCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014. p. 46

⁴ Vide em ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense:2013. p. 164.

desencadeamento de uma pandemia global. A verificação da validade dos atos editados no cenário pandêmico, pressupõe a verificação de questões primárias relativas a constituição do próprio ato, tais como a finalidade e a motivação, razão pela qual imprescindível o seu estudo na presente dissertação.

Inicialmente, como forma de caracterização dos efeitos dos atos administrativos, cumpre salientar o papel dos seus atributos, explicitados por Rafael Carvalho Resende Oliveira, ao destacar a existência de três atributos essenciais, sendo eles: a) presunção de legitimidade e de veracidade; b) imperatividade; e a c) autoexecutoriedade⁵. Por isso, compreende-se que os atributos dos atos administrativos consistem nas características essenciais que diferenciam esta espécie de ato jurídico dos demais atos do mesmo gênero. Ou seja, essas características particularizam os requisitos do ato administrativo, bem como, interferem diretamente na dinâmica de elementos e pressupostos que devem ser considerados, razão pela qual passa-se a analisá-las minuciosamente.

Conforme pontuado, os atos administrativos são espécies de atos jurídicos que se distinguem dos demais pelas suas características essenciais no que pertine a presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade e autoexecutoriedade, impondo a toda sociedade o dever de obediência independente da concordância com tais diretrizes, desde que estabelecidas dentro dos limites da legalidade. Desse modo, para que os atos administrativos sejam dotados de tais características, se faz necessário o cumprimento de cinco requisitos principais, quais sejam: i. competência; ii. finalidade; iii. forma; iv. motivo e v. objeto. Válido destacar, ainda, que destes requisitos, apenas dois deles são considerados elementos do ato administrativo, em face da abstração dos demais.

Nesta senda, cumpre salientar que a doutrina de Hely Lopes Meirelles⁶ traz ressalva acerca da ausência de autonomia entre os requisitos supracitados, haja vista que tais requisitos não podem ser considerados isoladamente, devendo estar presentes concomitantemente para que seja constatada a existência e a validade do próprio ato. Por isso, salutar diferenciar o que seja cada um destes requisitos para identificar o seu preenchimento no caso concreto. Além disso, apenas haverá um ato

⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. p. 529-530.

⁶ Vide em MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 174.

administrativo quando houver o cumprimento cumulativo dos requisitos legais imprescindíveis, razão pela qual pertinente a sua análise.

Deste modo, o primeiro requisito a ser analisado é a competência, haja vista que existem níveis hierárquicos que afetam a distribuição do poder regulamentar. Ou seja, se faz necessário a averiguação da origem do poder do agente prolator do ato, sendo possível que tal requisito seja derivado imediatamente da lei ou de hipóteses de deslocamento de competência, tais como a delegação ou avocação, que previstas em lei devem ser executadas por atos normativos infralegais. Para além disso, voltaremos a abordar a temática quando adentrarmos nas ponderações a respeito das técnicas de atribuição da discricionariedade, sendo a competência um dos pontos que direcionaremos maior atenção adiante.

Na sequência, o segundo requisito é a finalidade do ato administrativo, que em síntese dependerá das previsões legais nas hipóteses dos atos vinculados ou de uma pequena margem de decisão do administrador público nas hipóteses de atos discricionários. Isso sob uma análise perfunctória, pois conforme se discorrerá em capítulo específico, a discricionariedade supera o âmbito da mera escolha do agente público, envolvendo todo um arcabouço teórico a respeito do conceito da discricionariedade, existindo inúmeras feições e dimensões desse instituto, além das técnicas de atribuição, validação e limitação da discricionariedade.

O terceiro requisito é a forma, que além de ser um requisito também é classificado como elemento do ato administrativo, consistindo na modalidade de exteriorização do comando do agente público, possuindo expressa previsão legal, variando de acordo com o conteúdo e a competência do ato prolatado. Desse modo, de logo, percebe-se a inter-relação entre os requisitos do ato, dependendo inclusive a sua definição legal, de aspectos envolvendo outros requisitos. Tal requisito, apesar de não ser capaz de pôr si só constituir o ato administrativo possui papel fundamental na sua materialização, e por isso é considerado como um elemento tangível na constituição do ato.

Já o quarto requisito é o motivo ou causa do ato administrativo, que não se confunde com a finalidade, mas com ela guarda intrínseca relação. A motivação do ato administrativo conforme se depreende do art. 50, *caput*, da Lei nº 9.784/99 consiste na exposição de fatos e ou fundamentos jurídicos que deram ensejo aquela situação, não se confundindo com a finalidade pública, pois diferente daquela, em

algumas situações poderá ser dispensada para a aferição da validade do ato. O que significa que em casos específicos haverá a existência de atos administrativos sem a necessidade de motivação expressa na própria norma, contudo, da análise do seu contexto pode-se extrair a motivação do agente para a sua prolação.

O quinto requisito, que também é considerado como um elemento do ato administrativo é o objeto, cujo conceito consiste na consequência imediata da prolação do ato administrativo, ou seja, com a edição de determinado ato haverá “a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público”⁷. Isso significa que o objeto do ato será a consequência imediata do comando administrativo para os jurisdicionados, dependendo do preenchimento dos demais requisitos já pontuados anteriormente.

Dessa forma, após relembrar toda a estrutura básica que compõe o ato administrativo depreende-se que o ato administrativo consiste na manifestação jurídica realizada por agente público dotado de poder para a sua edição (competência), visando garantir um bem jurídico para a coletividade (finalidade pública), através da exteriorização prevista em lei ou ato regulamentar infralegal (forma), com ou sem a exposição dos fatos e fundamentos jurídicos que ensejaram a sua prolação (motivo), afetando diretamente a esfera jurídica dos jurisdicionados com a alteração do *status quo* (objeto).

E para que todos esses conceitos não se percam do objetivo principal desta dissertação, cumpre, mais uma vez, destacar que apenas a partir desta dimensão geral dos conceitos principiológicos, poder-se-á verificar diante do caso concreto a existência ou não de excessos por parte dos agentes públicos, ponderando, inclusive, acerca do exercício do poder discricionário, e aprofundando-se sobre as técnicas de atribuição e controle de discricionariedade, utilizadas no caso concreto.

Note-se, que a Operação *Para Bellum* trata-se de uma investigação por supostos desvios cometidos por agentes públicos no uso de seus cargos e relacionamentos com os cofres públicos, sendo imputada aos agentes investigados a utilização da máquina pública para o favorecimento de terceiros em virtude do pagamento adiantado de um contrato com o desembolso pela Administração Pública

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 177.

de valores superiores a R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões). Contudo, será que tais situações podem ser caracterizadas como consequências diretas do exercício da atividade administrativa? Ou até mesmo, será se a eventual inexistência do êxito na obtenção da finalidade pública poderia por si só acarretar a ilegalidade do ato administrativo? São questionamentos como estes que justificam a revisitação de conceitos basilares, mas que possibilitarão o desenvolvimento de perquirições mais aprofundadas acerca do tema, possibilitando a compreensão multidimensional dos aspectos inerentes ao caso concreto.

Outro conceito importante para este capítulo introdutório, consiste no que vem a ser o pressuposto do ato administrativo, que pode ser definido como o conjunto de requisitos e elementos que compõem as condições que sujeitam a existência e a validade do ato administrativo. Dessa forma, importante diferenciar quais seriam os pressupostos de existência e validade, haja vista que tais informações serão imprescindíveis para a análise da legalidade dos atos adotados pelos agentes públicos durante o período pandêmico. Portanto, pressupostos da existência, consistem no conjunto de elementos cuja função básica é garantir a materialização do ato administrativo na realidade, sendo formados pelos elementos objeto e pertinência da função administrativa. Deste modo, pode-se definir o pressuposto objeto como o bem da vida tutelado pelo ato jurídico, se diferenciando do requisito objeto que se refere a consequência jurídica do ato. Já o pressuposto pertinência da função administrativa, se trata do exercício da função administrativa típica, diferente da execução das demais atividades de Estado⁸.

Do outro lado, como pressupostos de validade, encontramos uma certa similitude com os requisitos anteriormente analisados, englobando ao todo os seguintes elementos: a) sujeito competente; b) motivo; c) causa; d) finalidade; e) formalização; f) requisitos procedimentais. Destes elementos, observa-se que apenas os “requisitos procedimentais” ainda não foram analisados na presente dissertação, haja vista que o elemento sujeito competente possui a mesma definição que o requisito competência, e os demais elementos partilham das mesmas definições que os seus correspondentes requisitos. Assim, esclarecendo o que vem a ser o elemento “requisitos procedimentais”, cumpre destacar as lições expedidas

⁸ Vide em CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. rev. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 279.

por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao delinear os contornos deste pressuposto objetivo de validade:

Requisitos procedimentais são os atos que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato. Consistem em outros atos jurídicos, produzidos pela própria Administração ou por um particular, sem os quais um certo ato não pode ser praticado. Assim, por exemplo, o ato de nomeação de um funcionário para cargo efetivo só poderá ser expedido depois da série de atos que compõe o concurso público para o qual o interessado se classificou. Igualmente o ato de adjudicação em uma concorrência só pode ocorrer após o ato de classificação do licitante colocado em primeiro lugar [...]º.

Conclui-se, portanto, que os pressupostos de validade, além dos requisitos já analisados anteriormente, ainda incluem os atos essenciais que precedem o ato administrativo. E isso é bastante interessante, pois muitas vezes o vício de validade não se encontra no ato administrativo questionado, mas sim no procedimento que deveria lhe ter precedido. Desse modo, para a análise que empreenderemos, saber diferenciar quais são os pressupostos de existência e quais os elementos componentes dos pressupostos de validade, contribuirá para a compreensão dos vícios de determinados procedimentos realizados durante a pandemia de COVID-19. Conforme descrito nas linhas anteriores, o estudo das estruturas que compõe os atos administrativos se mostra de suma importância para o capítulo introdutório da presente pesquisa. Apenas a partir da discipção da base teórica por meio da qual serão analisados os aspectos envolvendo a atuação da Administração Pública e o evento pandêmico, ter-se-á a comprovação científica acerca da perquirição histórica, dialética e hipotético dedutiva realizada.

De extrema importância destacar, ainda, a necessidade de compreensão dos requisitos procedimentais para a validade do ato administrativo, haja vista que sem a realização de determinados procedimentos prévios o ato administrativo em si, seja ele vinculado ou discricionário, corre o grave risco de ser extirpado do Ordenamento Jurídico. O caso prático que será analisado no capítulo final da presente dissertação, por exemplo, aborda justamente esta temática, em se considerando que a ausência da formalização de um processo administrativo prévio a aquisição de materiais fora alvo de uma série de questionamentos pelo Ministério Público Estadual. Ocorre, que mesmo com a flexibilização das normas referentes a Licitação, com a autorização da

º MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 412.

utilização do Regime Diferenciado de Contratação, conforme fora o caso sob análise, se faz necessário a realização do correspondente procedimento preparatório sumário, razão pela qual a ausência das formalidades usuais neste caso trata-se de vício grave que compromete não só a validade do ato administrativo, como também faz questionar se os limites do poder discricionário do gestor público fora de fato respeitado ou se estaríamos diante de um uso arbitrário de poder discricionário.

Para compreensão do caso concreto, se mostra importante o estudo da dinâmica de interação desses dispositivos, para que seja possível identificar a flexibilização destes institutos durante o período de calamidade pública, analisando-se, inclusive, os indícios do que eventualmente poderiam caracterizar atos ensejadores da fiscalização dos órgãos judicantes competentes. Desta forma, cumpre ainda destacar a clássica distinção entre atos administrativos vinculados e discricionários, enveredando a dinâmica existente entre a vinculação cogente e a abertura para escolhas legais igualmente previstas na lei. Por isso, inicialmente, cumpre destacar que os atos administrativos vinculados cumprem o papel de diretrizes básicas que devem ser observadas por todos os agentes públicos, haja vista que no ordenamento jurídico brasileiro existem prescrições cogentes que devem ser observadas e cumpridas. Deste modo, em determinados casos não há margem de escolha para a aplicação de medidas diversas daquelas prescritas no texto legal. Contudo, para que se compreenda o real sentido e importância deste instituto, cumpre responder a seguinte pergunta, qual a necessidade de vincular a atuação dos agentes públicos?

Nas palavras de Matheus Carvalho, a vinculação as prescrições legais encontram-se presentes em todos os tipos de atos administrativos, apenas diferenciando os atos administrativos vinculados e discricionários através de uma pequena margem de escolha que caracterizam esses últimos. Para o autor supracitado, o ato administrativo vinculado, pode ser definido como “aquele praticado no exercício do poder vinculado, em que a atuação administrativa está adstrita aos ditames previstos na legislação, de forma objetiva”¹⁰. Ou seja, são os tipos de situações nos quais direitos e deveres estão expressamente descritos no texto da lei, e, portanto, devem ser aplicados quando da sua materialização. Tal

¹⁰ Vide em CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. rev. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 256.

vinculação além de necessária quanto ao aspecto garantista da norma, trata-se de expressa reverência ao princípio da legalidade e da anterioridade, trazendo prescrições cogentes das consequências jurídicas que dadas situações terão quando se materializarem na realidade. Sem essa vinculação dos atos administrativos, o Estado teria a supremacia de poderes ilimitados, ficando os indivíduos a deriva das vontades soberanas dos gestores, sem que nada pudessem fazer para contrapô-los.

Ainda no que pertine a definição do instituto, Rafael Carvalho Resende Oliveira destaca o aspecto de garantia dos direitos subjetivos dos particulares, haja vista que quando “preenchidos os requisitos legais, o particular tem direito subjetivo de exigir a edição do ato e a Administração Pública, o dever de editá-lo, inexistindo poder de escolha administrativa”¹¹. Tal aspecto, evidencia uma das feições mais importantes da vinculação dos atos administrativos, haja vista que independentemente de quem esteja à frente da máquina pública, desde que preenchidos os requisitos legais, os jurisdicionados poderão exigir o cumprimento da norma legal com a entrega do bem tutelado. Além disso, cumpre ainda destacar que a vinculação dos atos administrativos não se resume a execução de tão somente obrigações de fazer, mas também se estendem as feições de abstenção da Administração Pública em face dos direitos e liberdades dos jurisdicionados, consagrando as gerações dos direitos e garantias do Estado Democrático de Direito.

Cumpre ainda destacar, que tendo o ordenamento jurídico brasileiro como matriz principiológica fundamental o Estado Democrático de Direito, o fato dos representantes políticos serem eleitos por intermédio do sistema de votação direta, cumprindo um mandato por um determinado período, traz a segurança de que ao menos em tese, haverá a substituição do quadro de gestores públicos a cada ciclo, possibilitando até mesmo o controle sobre o exercício da discricionariedade de tais gestores, que a cada período terão que justificar para o eleitorado a conveniência de suas escolhas.

Outra feição do instituto da vinculação, diz respeito a possibilidade de controle judicial da legalidade dos atos administrativos, pois estando a atividade administrativa adstrita a verificação do preenchimento dos requisitos descritos no texto legal, há a possibilidade de interferência do poder judiciário sem que esteja

¹¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. p. 535.

caracterizada invasão de competência. Note-se, inclusive, que essa possibilidade de fiscalização entre os poderes, acerca da legalidade no exercício das suas atribuições, trata-se de instrumento imprescindível para a manutenção da harmonia do sistema jurídico como um todo. Nesse mesmo sentido, encontram-se as lições expedidas por Hely Lopes Meireles, ao destacar a dinâmica do controle de legalidade do Poder Judiciário:

[...] Tais atos, estando estreitamente confinados pela lei ou regulamento, permitem o Judiciário revê-los em todos os seus aspectos, porque em qualquer deles poderá revelar-se a infringência dos preceitos legais ou regulamentares que condicionam a sua prática. Certo é que ao Poder Judiciário não é dado dizer da conveniência, oportunidade ou justiça da atividade administrativa, mas, no exame da legalidade, na aferição dos padrões jurídicos que serviram de base à realização do ato impugnado, é dever da Justiça esquadrihar todos os ângulos em que se possa homiziar a ilegalidade, sob o tríptico aspecto formal, material e ideológico¹².

Por conseguinte, levando-se em consideração os aspectos formais e materiais que envolvem a caracterização do instituto, compreende-se que a importância da existência de atos administrativos vinculados encontra-se diretamente relacionado com a garantia de direitos e deveres na ordem jurídica. Portanto, mesmo em tempos de crise deve-se observar que ainda haverá regramentos que não comportam redução do seu núcleo protetivo, e mesmo quando submetidos ao crivo de regramentos mais flexíveis conservam o seu caráter de normas cogentes. Tratam-se de requisitos fundamentais para a manutenção da ordem, mesmo em tempos de caos, razão pela qual, mesmo quando não houver regramentos expressos para regulação de uma dada situação, podem ser extraídas normas fundamentais que através de uma interpretação integrativa fornecerão as bases para lidar com os novos anseios sociais.

No âmbito da presente pesquisa, conforme se verá adiante, regramentos atinentes a responsabilização fiscal de gestores públicos, foram flexibilizados ao longo do período de calamidade pública que abrangeu os anos de 2020 e 2021, possibilitando a adoção de medidas de combate e prevenção ao COVID-19. Entrementes, tal flexibilização não impediu a investigação de determinados agentes públicos quando identificado indícios de desvio de finalidade na utilização da verba emergencial. O que significa que conforme pontuado anteriormente, independente

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 191.

da flexibilização das normas jurídicas de caráter vinculados, existem diretrizes mínimas que ainda devem ser observadas pelos agentes públicos mesmo diante dos períodos de crise, evitando-se a malversação das verbas públicas. Ora, mesmo que as normas jurídicas tenham sido flexibilizadas, cumpre destacar que as próprias técnicas de flexibilização e atribuição de discricionariedade guardam intrínseca relação com os instrumentos de controle e limitação, razão pela qual mesmo quando as regras estão sendo flexibilizadas, os instrumentos de controle e delimitação de discricionariedade são embutidos implicitamente na norma expandida.

Após a análise dos atos vinculados, passa-se ao exame sumário dos atos administrativos discricionários, haja vista que tal instituto será mais aprofundado no subtópico seguinte, quando será analisada a teoria da discricionariedade, enveredando pelas técnicas de atribuição e controle da discricionariedade. Contudo, de modo superficial, pode-se afirmar que a discricionariedade constitui a possibilidade de o agente público realizar um ato administrativo dentro do juízo de oportunidade e conveniência, possibilitando que seja aplicada mais de uma solução diante do caso concreto. Tais atos, apesar de não serem totalmente discricionários, haja vista que possuem limitações expressamente previstas no texto legal, possibilitam que o gestor público exerça com mais liberdade a sua função, sendo prevista mais de uma hipótese legal para a materialização do direito. Diante disso, salutar destacar os aspectos conceituais que caracterizam a definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, haja vista, que a autora destaca as feições objetivas do instituto, ressaltando que independente da margem de “liberdade” que caracterizam os atos discricionários, aspectos concernentes a competência, forma e finalidade, continuam sendo de natureza vinculada, sendo necessário o cumprimento de tais requisitos pelos agentes públicos para o exercício da própria discricionariedade:

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador.

Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites

traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei¹³.

Conforme destacado pela doutrinadora, os atos discricionários dependem do exercício de um conjunto de critérios subjetivos da autoridade pública, tais como a oportunidade e conveniência, bem como, o exercício do juízo de valor com a utilização de conceitos abertos. Inclusive, ao destacar a importância desses conceitos abertos para o exercício dos atos administrativos, Rafael Carvalho Resende Oliveira, indica que “os conceitos jurídicos indeterminados (ou conceitos abertos) compreendem as expressões utilizadas pelo legislador que apresentam incertezas linguísticas, admitindo sentidos e interpretações heterogêneas”¹⁴. O que significa que em determinadas situações, desde a sua origem o legislador institui elementos que possibilitam o enquadramento de mais de uma hipótese no normativo legal, evitando-se o engessamento da norma e muitas vezes possibilitando a mutação da interpretação conforme as alterações dos interesses dominantes das superestruturas de poder.

Em face a amplitude de tais atos, o controle judicial se submete a análise da observância dos limites legais para o exercício da discricionariedade, com o intuito de extirpar os atos arbitrários praticados em contraponto ao quanto estabelecido pelo ordenamento jurídico. Por isso, mesmo com a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados, ainda sim há a possibilidade do exercício do controle sobre tais atos, haja vista que os demais poderes, bem como, os órgãos de controle, dispõem de estruturas que possibilitam extrair do Ordenamento Jurídico as limitações legais e principiológicas destes atos discricionários. Deste modo, cumpre destacar que a discricionariedade não abre margem para que o agente público adote condutas arbitrárias, haja vista que “ato discricionário não se confunde com ato arbitrário. Discrção e arbítrio são conceitos inteiramente diversos. Discrção é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária a lei”¹⁵.

Levando-se em consideração os aspectos concernentes ao instituto, compreende-se que mesmo em face ao aumento do poder discricionário dos gestores durante o período de pandemia, ainda sim é possível o exercício do

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 540.

¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. p. 526.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 193.

controle judicial para aferição da legalidade desta discricionariedade. Isso porque, mesmo em face aos conceitos abertos utilizados para dar maior mobilidade aos gestores públicos, o exercício do poder discricionário encontra limites estabelecidos na lei, e mesmo quando não constam de forma expressa, existem critérios mínimos para a aferição da legalidade do ato. O estudo dos atos administrativos vinculados e discricionários, conforme já justificado anteriormente, teve por objetivo compreender a base teórica através da qual serão feitas as análises do caso específico acerca da responsabilização do gestor público pelo uso das verbas públicas durante o período de pandemia. Dessa forma, após as digressões realizadas, pode-se compreender que a coexistência de ambas as categorias de atos administrativos, faz parte da dinâmica necessária ao exercício das funções da Administração Pública.

Ao mesmo tempo que a vinculação garante a obediência aos preceitos normativos fundamentais, com a garantia de direitos e deveres em face a Administração pública, a discricionariedade possibilita a movimentação do agente público, dentro dos preceitos estipulados pela lei, evitando-se o engessamento da norma legal, adaptando a sua aplicação ao caso concreto. Por isso, não há como se imaginar uma categoria sem a outra, pois enquanto uma garante os direitos fundamentais, a outra possibilita a flexibilização da norma para as peculiaridades das dinâmicas sociais. Por isso, pela própria natureza das necessidades da sociedade, se faz necessário a existência de normas cogentes e normas flexíveis, de modo a adaptar-se aos contextos do caso concreto:

[...] Se a lei todas as vezes regulasse vinculadamente a conduta do administrador, padronizaria sempre a solução, tomando-a invariável mesmo perante situações que precisariam ser distinguidas e que não se poderia antecipadamente catalogar com segurança, justamente porque a realidade do mundo empírico é polifacética e comporta inumeráveis variantes. Donde, em muitos casos, uma predefinição normativa estanque levaria a que a providência por ela imposta conduzisse a resultados indesejáveis¹⁶.

Diante de tal esclarecimento, começa-se a compreender o porquê dos primeiros atos normativos proferidos durante a pandemia de COVID-19 trazerem maior amplitude na aplicação das normas. Em períodos excepcionais, a flexibilização das normas, busca trazer o menor impacto para a garantia dos direitos

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 990.

fundamentais. Exemplo disso, é que diante de um cenário de calamidade pública, com a necessidade de adoção de medidas urgentes, afastar provisoriamente o teto de gastos da Lei de Responsabilidade Fiscal, constituiu fator essencial para a adoção das primeiras medidas de combate e prevenção ao COVID-19 que ensejaram inerente dispêndio de recursos para a montagem de estruturas hospitalares de emergência de modo a atender a alta demanda de contaminações, bem como, investir na aquisição dos insumos necessários para o atendimento da população e assegurar o direito universal de acesso a saúde. Entretanto, mesmo com tais flexibilizações os instrumentos de controle e fiscalização se mantiveram presentes, possibilitando que ao menor sinal de desvio de finalidade ou desvirtuamento na utilização dos recursos emergenciais, as medidas necessárias fossem tomadas de modo a preservar a incolumidade das verbas públicas.

Os atos vinculados e discricionários dialogam entre si, numa dinâmica contínua que busca a garantia de condições mínimas de operação da máquina pública. E mais que isso, mesmo diante de situações em que foram estendidas as margens de discricionariedade da Administração Pública, ao mesmo tempo foram embutidos instrumentos de garantia e delimitação da discricionariedade, de tal sorte que fossem coibidos ou reprimidos os eventuais comportamentos desvirtuosos. Desse modo, para que haja a responsabilização dos gestores públicos pela malversação das verbas públicas durante a pandemia, se faz necessário compreender de que forma tais categorias de atos administrativos foram flexibilizados e delimitados, aprofundando-se no estudo das técnicas de atribuição e controle de discricionariedade, razão pela qual imprescindível perpassar pelos liames da teoria da discricionariedade.

Assim, diante de tais análises que serão empreendidas adiante, a presente pesquisa busca identificar quais os parâmetros utilizados para a apuração da legalidade dos atos discricionários impugnados no exercício das funções de gestão de recursos emergenciais em tempos de pandemia de COVID-19.

2.2 A teoria da discricionariedade e as técnicas de atribuição de discricionariedade aos agentes públicos

Após revisitar os conceitos basilares a respeito do Ato Administrativo, e até mesmo sobre a própria Administração Pública e o Direito Administrativo Contemporâneo, tem-se uma dimensão teórica básica das funções destes institutos na sociedade como um todo. No entanto, para enfrentar mais a fundo o tema proposto, se faz necessário uma reflexão mais aprofundada a respeito das formas de atribuição da discricionariedade ao agente público. O que significa, que para compreender de que forma houve a ampliação dos limites da discricionariedade do agente público durante a pandemia de COVID-19, primeiramente se faz necessário entender os múltiplos conceitos do que venha a ser a discricionariedade em si, perpassando pela teoria da discricionariedade, bem como, pela sistemática de atribuição do poder administrativo, seja ele vinculado ou discricionário para que se possa averiguar se as técnicas utilizadas possibilitaram ou não a abertura de margens para o próprio descumprimento. Além disso, importante lembrar que até mesmo a atribuição de discricionariedade guarda vinculação com as hipóteses legais de situações excepcionais, razão pela qual até mesmo a atribuição de discricionariedade ao agente público poderá ser fiscalizada.

Dando continuidade a abordagem do tema, cumpre salientar que no tópico anterior fora explorada a questão da origem do Direito Administrativo Contemporâneo, como o resultado da sucessão do regime absolutista trazendo consigo uma série de limitações que possibilitavam aos cidadãos a garantia de que aquele poder soberano apenas poderia ser exercido dentro dos limites da legalidade. E isso é extremamente importante, pois a partir deste conceito pode-se compreender o que venha a ser uma das feições mais exploradas da discricionariedade administrativa, contudo, tal conceito não corresponde a totalidade das dimensões que podem ser assumidas pelo conceito de discricionariedade. Desse modo, antes de adentrarmos no estudo das técnicas de atribuição de discricionariedade, cumpre analisar a teoria geral da discricionariedade, que consiste na análise das múltiplas dimensões nas quais o conceito está envolvido.

Diante disso, importante trazer a baila alguns dos conceitos de discricionariedade contidos na doutrina brasileira, destacando-se inicialmente o

entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, no qual a discricionariedade é descrita por meio de uma feição exclusivista, sendo aquilo ao qual a lei não previu apenas uma única solução jurídica, sendo necessária a integração do direito com a análise do caso concreto:

Discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente¹⁷.

Conforme se observa, o conceito exposto pelo doutrinador, impõe a discricionariedade um caráter subsidiário, o que enaltece o princípio da legalidade e da vinculatividade do ato administrativo. No mesmo sentido, pode-se destacar também o conceito de discricionariedade trazido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na qual a atuação é “discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”¹⁸. Ou seja, para ambos autores a discricionariedade apenas existirá quando for possível extrair da norma jurídica mais de uma possibilidade legalmente prevista para a solução perante o caso concreto. Contudo, tais definições apenas abarcam uma das feições da discricionariedade, sendo necessário aprofundar-se um pouco mais nos meandros da teoria da discricionariedade, a partir da qual podem ser extraídas inúmeras feições deste instituto.

Nestes termos, o recorte realizado por Cesar A. Guimarães Pereira, em seu artigo “Discricionariedade e apreciações técnicas da administração” reproduz uma clássica representação da teoria da discricionariedade na qual “a discricionariedade da Administração relaciona-se com o modo de atribuição legal de competência administrativa”¹⁹, podendo-se destacar as seguintes dimensões acerca do instituto sob análise: a) a discricionariedade em sentido amplo, como característica inerente ao ordenamento jurídico; b) dimensões da discricionariedade, capitaneadas por

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1000.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 541.

¹⁹ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. **Revista de Direito Administrativo**. 231 ed. Rio de Janeiro, 2003. p. 217-267.

Ronald Dworkin em contraponto a teoria positivista; c) e a discricionariedade e os limites da racionalidade no discurso jurídico.

Partindo-se da classificação indicada acima, tem-se que o primeiro aspecto da teoria conceitual da discricionariedade, consiste na análise da discricionariedade em sentido amplo, como característica inerente ao ordenamento jurídico, que traduz uma visão positivista da teoria. Nesta teoria, a digressão histórica a respeito dos ensinamentos de Kelsen e Hart, expõe que o ordenamento jurídico sempre será dotado de previsões que ensejem um aspecto de liberdade preestabelecida pelo legislador para ser exercida tanto pela administração pública, quanto pelo próprio poder judiciário, possibilitando assim lidar com as questões decorrentes da própria vida em sociedade²⁰. Em outras palavras, significa que o sentido amplo, coincide também com a definição mais comum da discricionariedade, na qual o exercício da liberdade de escolha da administração pública encontra-se previamente delimitada por hipóteses legais previamente definidas e validadas pelo ordenamento jurídico.

Em outra dimensão, a discricionariedade também pode ser entendida como uma versão insurgente da teoria positivista, assumindo três feições espelhadas por Ronald Dworkin como duas versões fracas e uma versão forte da discricionariedade, haja vista que discordando da teoria positivista o autor não acredita que de fato exista uma liberdade de escolha da Administração Pública diante das situações do caso concreto, cabendo apenas ao agente público a correta interpretação do direito para que seja aplicada a norma jurídica preestabelecida. Diante disso, conforme expõe o autor as versões fracas da discricionariedade surgiriam através do fato de que os termos jurídicos indeterminados e os conceitos vagos não trariam uma liberdade plena de escolha, mas tão somente uma margem de interpretação para a aplicação da previsão normativa ao caso concreto bem como, que diante de determinadas situações tais escolhas não seriam sujeitas a revisão de uma autoridade superior, razão pela qual a escolha realizada pela autoridade inferior seria a única escolha possível diante daquele caso concreto, inexistindo margem de revisão e por isso sendo suprimida a força desta discricionariedade. Já a versão que o autor considera como forte, remete a eventuais lacunas do direito, no qual apesar de não existirem limites expressos previamente estabelecidos, através de uma

²⁰ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. **Revista de Direito Administrativo**. 231 ed. Rio de Janeiro, 2003. p. 217-267.

análise principiológica o indivíduo possui uma verdadeira margem de escolha, haja vista que diante daquela situação o agente não estaria previamente limitado²¹.

Por fim, encerrando o recorte da teoria conceitual da discricionariedade realizada pelo autor, cumpre destacar os contornos da discricionariedade e os limites da racionalidade no discurso jurídico no qual foram confrontadas as críticas de Dworkin, Alexy e Atienza, chegando-se a conclusão de que em face ao modelo do ordenamento jurídico, dividido em regras, princípios e procedimentos, mesmo utilizando-se os parâmetros da racionalidade no discurso jurídico, haverá como consequência a multiplicidade de soluções juridicamente válidas para uma mesma situação no caso concreto, surgindo daí a discricionariedade administrativa, através da qual um raciocínio baseado na razão em confronto com as regras, princípios e procedimentos, ter-se-á a multiplicidade de escolhas. Dessa forma, depreende-se que a partir do conjunto de aspetos analisados nesta teoria conceitual da discricionariedade, que em razão do conjunto de elementos que compõe o próprio ordenamento jurídico, para que haja a integridade hermenêutica das normas jurídicas, se faz necessária a coexistência de situações jurídicas igualmente válidas que possibilitem aos agentes públicos alguma margem de escolha, aplicando-se a previsão normativa ao caso concreto.

Após a análise do referido recorte, identificou-se uma série de semelhanças com a teoria da discricionariedade descrita por Mariela Alejandra Valdés Pérez, enveredando a análise: a) dos conceitos de institutos jurídicos diretamente relacionados a materialização da discricionariedade; b) das dimensões assumidas pela discricionariedade a luz de diferentes pontos de vistas; c) e por fim a decomposição dos fundamentos do ato administrativo discricionário. Portanto, passa-se a expor a estrutura da teoria catalogada pela doutrinadora, de modo a espelhar as semelhanças entre os recortes realizados pelos autores.

Nestes termos, a autora destaca em sua organização que existem determinados institutos jurídicos que estão diretamente atrelados ao conceito de discricionariedade, e que em tese tornariam essa discricionariedade o mais objetiva possível, sendo denominada até mesmo como discricionariedade técnica. Ao analisar tal conceituação, observa-se uma certa correlação com o que o Ronald Dworkin identificou como “versões fracas de discricionariedade”, haja vista que

²¹ _____ . Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. **Revista de Direito Administrativo**. 231 ed. Rio de Janeiro, 2003. p. 217-267.

fazem referência a situações nas quais as escolhas dos agentes administrativos estejam bem vinculadas a regras claras e expressas, sendo desnecessários maiores esforços hermenêuticos, utilizando-se das flexibilidades decorrentes dos termos jurídicos indeterminados e dos conceitos vagos para que seja exercido o juízo de valor e conveniência da administração pública²². Em tais situações, observa-se que em que pese haja uma margem de escolha pelo agente público, tais escolhas consistem em meras interpretações do teor normativo diante do caso concreto o que levaria em algumas situações, a depender da modalidade interpretativa, no reconhecimento da existência de apenas uma escolha válida em face a nulidade das demais interpretações da norma diante do caso concreto.

Já em relação as dimensões assumidas pela discricionariedade a luz de diferentes pontos de vistas, a autora destaca três dimensões específicas, sendo elas: 1. a discricionariedade administrativa do ponto de vista das potestades administrativas; 2. a discricionariedade administrativa do ponto de vista do ato administrativo; 3. e a discricionariedade administrativa do ponto de vista da estrutura normativa. Desse modo, válido salientar algumas considerações acerca de cada uma das referidas dimensões, ainda mais, que ao longo da presente dissertação foram abordados aspectos relevantes das três dimensões para a análise da discricionariedade como fenômeno jurídico inerente a Administração Pública. Diante dessas dimensões, pode-se constatar que a teoria da discricionariedade, busca interpretar o instituto da discricionariedade como manifestação do poder administrativo a luz de diferentes correntes doutrinárias, que buscam a validação das suas premissas diante da interpretação normativa do que venha a ser o poder que fundamenta a organização social.

No que concerne a discricionariedade do ponto de vista das potestades administrativas, pode-se afirmar que tal discricionariedade é fruto da atribuição legal das margens de atuação do agente público, haja vista que no momento da edição da própria norma, o legislador estabelece inúmeras ferramentas que possibilitarão ao indivíduo adequar a norma ao caso concreto, estando diante de situações previamente vinculadas e discricionárias. Note-se, inclusive que o conceito de potestade está diretamente atrelado a origem do poder de sujeição da Administração

²² Vide em PÉREZ, Mariela Alejandra Valdés. **La discrecionalidad administrativa y su Control Judicial en el Derecho Chileno, a la luz del Derecho Español**. un estudio de Derecho Comparado. Tesis Doctoral: Valencia, 2016.

Pública, pois tendo em vista que como sucessão do poder absolutista o poder da Administração Pública deve ser previamente limitado por elementos explícitos e implícitos ao próprio ordenamento jurídico. Desse modo, a discricionariedade do ponto de vista das potestades significa uma margem de escolha que está limitada por elementos inerentes ao próprio ordenamento jurídico e a própria atribuição deste poder de escolha. Ou seja, ao passo que as potestades administrativas consistem na atribuição de poder a administração pública, validados pelo estado de sujeição que a sociedade se submete através do pacto social, a discricionariedade a luz das potestades, consiste no exercício de um poder soberano vinculado por limites expressos contidos na própria norma jurídica, bem como, através da interpretação integrativa dos princípios que fundamentam a estrutura do próprio Ordenamento Jurídico.

Além desse aspecto inicial que voltaremos a nos aprofundar quando tratarmos sobre as técnicas de atribuição e limitação da discricionariedade, ainda podemos destacar a discricionariedade administrativa do ponto de vista do ato administrativo, ou seja, o poder da administração pública de deliberar sobre hipóteses igualmente válidas, quando preenchidos os pressupostos de existência e validade do ato administrativo, conforme analisado no primeiro subtópico deste capítulo. Ademais, a autora ainda destaca que a discricionariedade vista sob este aspecto pode ser entendida como o conjunto de atos administrativos que apesar de possibilitarem uma margem de escolha ao agente público, encontram-se sujeitos ao controle judicial em face aos elementos vinculados existentes para o seu exercício, surgindo daí a dinâmica entre os atos vinculados e discricionários²³. Deste modo, a discricionariedade sob o aspecto do ato administrativo, consiste no instituto jurídico sujeito a uma série de requisitos e pressupostos que validam e corroboram com a sua força executiva, razão pela qual, desde que verificado o preenchimento dos requisitos gerais encontram-se presentes as características de poder soberano da Administração Pública.

Por fim, ainda no que pertine as dimensões assumidas pela discricionariedade, ainda cabe destacar a dimensão do ponto de vista da estrutura normativa, haja vista que quando comparado as modalidades anteriores se trata de área de estudo relativamente nova, consistindo na análise dos elementos que

²³ _____ . **La discrecionalidad administrativa y su Control Judicial en el Derecho Chileno, a la luz del Derecho Español**. un estudio de Derecho Comparado. Tesis Doctoral: Valencia, 2016.

compõe a própria discricionariedade no ordenamento jurídico englobando em suas definições e objetos de estudo os conceitos jurídicos indeterminados e os conceitos vagos como forma de materialização da discricionariedade na norma jurídica. Dessa forma, em ambos os recortes, realizados por diferentes doutrinadores, a discricionariedade surge por meio de previsões expressas que contemplam ao agente público o poder de escolha, ou até mesmo de meios implícitos com a utilização de determinados conceitos jurídicos que atribuem ao indivíduo uma maior margem de interpretação e integratividade do direito, surgindo daí as diversidades de escolhas diante do caso concreto.

Prosseguindo com a análise do recorte realizado pela autora, cumpre analisar os fundamentos da discricionariedade, sendo levados em consideração para a estipulação de um conceito de discricionariedade: a) o bem comum; b) a lei; c) a hermenêutica; d) e os princípios gerais do direito. Dessa forma, ponderando sobre cada um dos fundamentos, percebe-se que o bem comum apontado pela autora, poderia ser traduzido como a supremacia do interesse público, visando atingir a finalidade que melhor represente os interesses da coletividade e devendo ser observado até mesmo pelo poder discricionário como um dos elementos que orientem o juízo de conveniência do agente público. Ademais, conforme pontuado em linhas anteriores o fundamento de todas as potestades administrativas, incluindo-se a discricionária, consiste no estabelecimento de previsões legais, razão pela qual a lei é um dos primeiros fundamentos para a própria existência do poder discricionário. Por fim, tanto a hermenêutica quanto os princípios gerais do direito podem ser analisados de forma conjunta, haja vista que ambos os institutos têm o objetivo de direcionar o agente público a aplicar no caso concreto a solução que melhor traduza as limitações e diretrizes estabelecidas no Ordenamento Jurídico.

O instituto jurídico da discricionariedade, consiste na garantia de que o agente público, poderá em determinadas ocasiões exercer escolhas igualmente válidas para um mesmo caso concreto, desde que as soluções a serem aplicadas no caso concreto possuam iguais previsões legais²⁴. Ou seja, mesmo diante de escolhas discricionárias, há a segurança de que o agente deverá realizá-las dentro das margens legais estipuladas pelo Ordenamento Jurídico, observando os elementos obrigatórios que fundamentam a própria discricionariedade, tais como, o bem

²⁴ Vide em ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense: 2013. p. 160.

comum ou a supremacia do interesse público, as técnicas de hermenêutica e o cabedal principiológico que orienta a próprio Ordenamento Jurídico como um todo, garantindo assim que o poder discricionário não se torne a manifestação volitiva de interesses particulares do próprio agente público.

Noutro giro, ao mesmo tempo que o poder vinculado da Administração Pública determina que para dada situação apenas poderá ser implementada uma única medida, em outras situações o agente público possui uma pequena margem de escolha. Contudo, conforme salientado, tal escolha não é livre e desembaraçada, pois a discricionariedade, assim como, a vinculação, possui expressa e imediata previsão legal, distinguindo-se daquela pois em determinadas hipóteses mais de uma conduta é aceita juridicamente pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, a suposta liberdade de escolha que caracteriza a discricionariedade, consiste na verdade em uma escolha cujas opções já estão previamente previstas e autorizadas pela própria lei, sendo qualquer que seja a escolha do agente público, igualmente válida do ponto de vista legal, pois igualmente prescritas pelo ordenamento jurídico.

E o mais interessante disso tudo é que a dinâmica existente entre os poderes vinculados e discricionários apenas se manifestam no contexto da Administração Pública, pois tão somente ela é dotada do poder de sujeição que obriga aos particulares independente de suas vontades a se envergarem as decisões tomadas em prol do bem comum de forma *erga omnes*. Trata-se, portanto, de um poder que exige uma prévia previsão legal que justifique e valide a existência de mais de uma possibilidade a ser aplicada no caso concreto, pois caso contrário, apenas restará ao agente público a aplicação da única solução prevista pelo ordenamento jurídico, sob pena do seu *status* de imperatividade se ver sujeito ao controle jurisdicional acerca da legalidade de um ato que não tenha a previsão normativa correspondente. Enquanto para os particulares aquilo que não está proibido, pode ser livremente implementado, para a Administração Pública apenas pode ser aplicado aquilo que esteja expressamente previsto na lei, possibilitando uma pequena margem de escolha quando a própria lei possibilitar a aplicação de mais de uma solução jurídica ao caso concreto.

Sabendo-se que a fonte imediata do poder vinculado ou discricionário constitui a própria lei, cumpre agora investigar quais seriam as técnicas de atribuição de discricionariedade. O que significa saber em quais hipóteses torna-se justificável

atribuir ao agente público uma maior margem de escolha diante do caso concreto. E mais que isso, importante compreender quais as situações que o Ordenamento Jurídico entende como razoável dar ao agente público um salvo conduto, para se autoatribuir uma parcela de poder, ou até mesmo delegar a terceiros um poder que originariamente seria restrito a estrita esfera do Direito Administrativo. Esses questionamentos, constituem o cerne da pesquisa e representam ponto crucial para a compreensão da temática que está sendo analisada na presente dissertação. Desse modo, para que se compreenda a forma como se deu a atribuição e o controle da discricionariedade do agente público durante a pandemia de COVID-19, se faz necessária a perquirição a respeito das técnicas de atribuição de discricionariedade.

Diante disso, válido salientar que ao longo de toda história, o mundo passou por diversas pandemias que causaram serias devastações por longos períodos de tempo, contudo o evento pandêmico causado pelo vírus da COVID-19, fora responsável pela maior devastação da história contemporânea. Tal pandemia gerou um quadro de cerca da 34.855.492 (trinta e quatro milhões e oitocentos e cinquenta e cinco mil e quatrocentos e noventa e dois) casos de contaminação no território brasileiro, e dentre estas, deixou um total de 688.395 (seiscentos e oitenta e oito mil e trezentos e noventa e cinco) óbitos como consequência letal da proliferação²⁵. Além disso, para o combate e prevenção em face a crise sanitária enfrentada, nos últimos 03 (três) anos, foram gastos mais de 22,19 bilhões de reais, sendo investidos tanto diretamente através do financiamento de programas de saúde para a compra de insumos e operação de hospitais, quanto indiretamente, através dos programas de transferência de renda.

E todas essas medidas de combate e prevenção só foram possíveis graças a dinâmica existente no ordenamento jurídico que possibilitou a flexibilização de determinadas normas, atribuindo ao agente público uma margem maior para a atuação no estado de calamidade pública. Desta forma, compreende-se que para o enfrentamento desta situação fora necessária uma atuação policêntrica. De um lado, enquanto ainda eram desenvolvidas pesquisas tanto no âmbito nacional quanto no cenário internacional para o desenvolvimento de vacinas, do outro eram necessárias a adoção de medidas paliativas que pudessem contribuir para a contenção do

²⁵ BRASIL. Covid19. **Painel Coronavírus**. Governo Federal. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 09 nov. 2022.

aumento de casos de contaminação. Ou seja, ao mesmo tempo em que se tentava evitar o aumento do número de casos, também se fazia necessário amparar as pessoas contaminadas e suas famílias por meio do Sistema Único de Saúde, garantindo a efetivação do direito universal à saúde.

Sob todos os prismas, a pandemia de COVID-19 exigiu a adoção de medidas para os quais nenhum dos pilares da sociedade estavam preparados, causando efeitos que ultrapassam a esfera econômica. Por isso, se faz necessário analisar de que forma os agentes públicos, assim como, os membros do poder legislativo, viabilizaram a adoção de medidas para o enfrentamento dessa crise sanitária. De tal sorte, que seja possível analisar objetivamente de que forma poderá ocorrer a responsabilização dos agentes envolvidos na gestão da verba pública, esmiuçando ainda os novos limites para o exercício da discricionariedade durante o cenário de calamidade pública.

Estabelecido o marco da presente dissertação cumpre analisar quais são as técnicas de atribuição de discricionariedade e como podemos identificá-las diante do caso concreto. Na presente pesquisa, adotou-se a classificação capitaneada pelos doutrinadores Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, na qual são definidas três possibilidades de atribuição do poder discricionário, sendo elas as hipóteses de autoatribuição, atribuição expressa e dos poderes inerentes e implícitos e por fim a atribuição específica e das cláusulas gerais de competência. Deste modo, diante do caso concreto haverão três técnicas principais para se atribuir o poder Administrativo ao Agente Público, validando-se como poder discricionário quando a partir dessa atribuição especial de poder, coexistirem mais de uma opção juridicamente válida e aplicável ao caso concreto.

Como ponto inicial da análise das técnicas de atribuição, cumpre tecer algumas considerações a respeito da técnica de autoatribuição de poder, que sob o prisma da doutrina capitaneada por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández é identificado como a técnica de autoatribuição de *potestades*, que apesar de não existir um conceito exato para o referido instituto na doutrina brasileira, por ora se equipara a definição de poder administrativo, nos exatos termos, inclusive que já foram pontuados quando da análise da teoria da discricionariedade a luz da dimensão das potestades administrativas:

Explicado o conteúdo técnico da potestade, necessário voltar novamente ao mecanismo de sua atribuição pelo ordenamento. A administração exerce potestades que lhe foram previamente atribuídas, já o dissemos reiteradamente. Se a Administração pretende iniciar uma atuação concreta e não conta com potestades previamente atribuídas a tanto pela legalidade existente, deverá começar a promover uma alteração dessa legalidade, de forma que dela emane a habilitação que até esse momento faltava²⁶.

Com base no quanto aludido pelos autores, a técnica de autoatribuição de poder discricionário, surge da necessidade de regulação de uma determinada temática advinda diretamente da experiência prática do problema, consistindo na materialização do tipo de regulação *ex post* que assim como na seara da tecnologia da informação, no campo do Direito Administrativo, vem ganhando cada vez mais notoriedade. Assim, realizando uma comparação entre ambas as searas jurídicas, importante salientar que na análise de Eric Brousseau e Jean-Michel Glachant o sistema regulatório sofreu serias mudanças, pois não se trata mais de definir praticas estáticas que devem ser seguidas a todo custo, há na realidade, a necessidade de adaptação do cenário normativo para possibilitar a adoção das medidas necessárias para enfrentar as demandas surgidas com os novos anseios sociais, conforme se observa:

Neste capítulo, sugerimos que a regulação das indústrias de rede não é mais uma questão de “comando e controle”, em que a principal questão para o regulador é projetar regulamentações “ótimas”, dadas as restrições de informação tanto *ex ante* (quando as regras têm que ser concebido) e *ex post* (na fase de implementação). Em vez disso, tornou-se uma questão de partilha de conhecimento e de alinhamento das perspectivas das partes interessadas para garantir um nível “satisfatório” de interoperabilidade num sistema gerido de forma descentralizada, aberto à inovação contínua e caracterizado por fortes restrições de consistência sistêmica.²⁷.

Por conseguinte, chega-se à premissa de que assim como o desenvolvimento tecnológico e econômico depende de um sistema normativo mais flexível, possibilitando a adoção de novas regras conforme as atividades sejam

²⁶ GÁRCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014. p. 442.

²⁷ BROUSSEAU, Eric *et al.* *Regulating Networks in the “New Economy”*: Organizing Competition to Share Information and Knowledge, in **Governance, Regulations and Powers on the Internet**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 63-64. Versão Original: In this chapter, we suggest that the regulation of network industries is no longer a question of “command and control,” in which the main issue for the regulator is to design “optimal” regulations, given information constraints both *ex ante* (when rules have to be designed) and *ex post* (at the implementation stage). Instead, it has become an issue of knowledgesharing and the alignment of stakeholders’ perspectives to guarantee a “satisfying” level of interoperability within a system decentrally managed, open to continuous innovation and characterized by strong systemic consistency constraints

desenvolvidas, o Direito Administrativo em determinadas situações extremas, como o surgimento de uma pandemia de nível global, clamou pela flexibilização das normas preexistentes, para que fossem disponibilizadas as ferramentas necessárias para lidar com determinados problemas surgidos na prática. Por isso, a regulação *ex ante* que visava o desenvolvimento de atos normativos para regulamentação de atividades e situações antes mesmo da sua materialização, em tempos de pandemia vem cedendo lugar a regulação *ex post*, baseada em experiências derivadas da implementação das situações na realidade enquanto as próprias medidas emergenciais precisavam serem adotadas.

Note-se, que não está se legitimando a adoção de medidas pela Administração Pública que não estejam previamente previstas em lei, pois caso se defendesse isso, estar-se-ia maculando a própria lógica do Direito Administrativo Contemporâneo, no qual os poderes estão sempre delimitados pela própria lei. A comparação com os termos da regulação *ex ante* e a regulação *ex post*, se restringe apenas as hipóteses excepcionais nas quais surgem demandas que não estavam regulamentadas e que necessitam de previsões legais que apenas se tornam conhecidas através da própria experiência. Ou seja, a própria Administração Pública com a finalidade de regulamentar e orientar aos cidadãos quanto aos procedimentos a serem adotados em tais situações, através do poder regulador passa a delinear os novos liames que permitem a atuação do agente público em face daquela determinada situação. Exemplo disso, inclusive, foram as edições de decretos estaduais e Medidas Provisórias Federais, com o intuito de orientar os entes da federação e atribuir-lhes as ferramentas necessárias para a adoção de medidas emergenciais durante os primeiros meses da pandemia de COVID-19.

A regulação baseada na experiência além de ter uma maior probabilidade de alcançar a sua efetividade, também consiste em uma das técnicas de atribuição de poder que alberga ao agente público a discricionariedade necessária para enfrentar aquela situação excepcional que justificou a sua própria criação, através da implementação de soluções jurídicas que até então eram inviáveis em face das regras preexistentes ou até mesmo eram excluídas do rol de medidas possíveis de implementação. Por isso, moldada com base na necessidade surgida em face de eventos excepcionais, as regras são criadas para validar a atuação do ente administrativo de modo a atuar diretamente no problema. Utilizando-se como

exemplo temos a promulgação da Lei nº 13.979, de 6.2.2020, responsável por dispor sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, estabelecendo as diretrizes básicas para o contingenciamento da crise sanitária e que durante esses três anos de vigência sofreu uma série de modificações, conforme as necessidades regulatórias que eram identificadas ao longo do período de crise. Entrementes, em que pese a regulação ex post seja realizada com o intuito de possibilitar a resolução de um problema da realidade, deve-se ter o cuidado de observar a natureza normativa dos atos a serem editados, sob pena de individualizar demais um ato normativo que deveria regulamentar situações gerais e acabar incorrendo em vício de finalidade.

Em seguida, sobreleva-se do mesmo modo a técnica de atribuição expressa e análise dos poderes inerentes ou implícitos decorrentes da própria norma legal, que em síntese constituem na obrigação de que os poderes atribuídos a Administração Pública sejam realizados de forma escrita e expressa, mas também, que se extraia de tais prescrições aqueles que são decorrência lógica de tais atribuições, constituindo a unidade do próprio ordenamento jurídico. Desta feita, pode-se entender que esta técnica de atribuição de poder, constitui em verdade em uma técnica hermenêutica que busca extrair da norma explícita os regramentos que logicamente dela decorrem, sob pena de violação contrário senso do quanto preconizado pelo texto legal. Ou seja, se o Ordenamento Jurídico constitui uma unidade normativa coesa, devem ser realizadas interpretações integrativas, de modo, que desde que observadas as prescrições legais e as bases principiológicas, seja possível extrair das normas as hipóteses extensivas e restritivas do direito juridicamente tutelado pelas normas expressas.

Tal técnica de atribuição de poder Administrativo é utilizada cotidianamente pelos operadores do direito, que em seu dia a dia se deparam com situações que apesar de não estarem expressamente previstas na lei, decorrem da sua interpretação teleológica. Materializando tal técnica, Márcio Cammarosano, ao interpretar uma de suas consultas a respeito da aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal as autarquias públicas independentes, extraiu do artigo 1º, §3º, b, e 2º da norma legal a seguinte prescrição implícita:

[...] A finalidade da norma em epígrafe é, a toda evidência, controlar os gastos dos entes que recebem verbas públicas. Daí porque, não só as ora denominadas “empresas independentes”, mas também as Autarquias – e outros entes da Administração Indireta – independentes, quais sejam, aqueles que não recebem do ente controlador recursos financeiros para despesas com pessoal ou de custeio geral ou de capital, etc., não se submetem ao regime jurídico da Lei de Responsabilidade Fiscal, pelo menos no que se refere aos limites de despesas considerados²⁸.

Ora, da análise do trecho do parecer colacionado acima, pode-se extrair a conclusão de que se a própria norma vincula tão somente aqueles entes que recebem verbas públicas, razão pela qual teleologicamente, não só as empresas tidas como independentes não se submetem a este controle, mas também todas as entidades que não recebam recursos públicos do ente controlador. Isso significa, que embora a Administração Pública só possa fazer aquilo que está prescrito em lei, também deve observar a integridade das regras estabelecidas no ordenamento jurídico, de tal sorte que em determinadas situações mesmo que não haja a previsão expressa em norma legal, possa ser aplicado o direito através da correta interpretação do ordenamento jurídico. Nas palavras dos doutrinadores espanhóis que capitanearam essa divisão de técnicas de atribuição de poder, a referida técnica é exercida em um limite tênue “entre uma vedação a ampliações analógicas e uma exigência de coerência legal”²⁹.

Por fim, a última técnica apontada pelos autores retromencionados, consiste na técnica de atribuição específica e na análise das cláusulas gerais de competência, que significa que toda atribuição do poder administrativo deve ser delimitada, de tal forma que não possibilite ao agente público a sua utilização de forma indeterminada, sendo aplicável tais delimitações até mesmo as cláusulas gerais de competência, que podem até parecer em um primeiro momento, indeterminadas, mas na realidade apenas existem na esfera jurídica em hipóteses previamente determinadas e sob o exercício de condições e requisitos ainda mais determinados. Ou seja, todas as regras aplicáveis no âmbito da Administração Pública, atribuindo poder ao Agente Público de intervir nos direitos da sociedade, devem observar determinadas limitações e, essencialmente, encontram óbices diretos nos núcleos protetivos das Cartas Constitucionais, que como forma de

²⁸ CAMMAROSANO, Márcio; HUMBERT, Georges Louis Hage. **Direito público**: estudos e pareceres. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.18.

²⁹ GÁRCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014. p. 458.

contribuição da Revolução Francesa guardam em suas estruturas a repartição dos três poderes e a garantia das liberdades individuais fundamentais.

Nesse sentido, trazendo a aplicação da cláusulas gerais de competência e a necessidade da justificação acerca do seu exercício, cumpre relembrar que a Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020 declarou a Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV), em face a necessidade de subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais excepcionais, para que só então houvesse a implementação das medidas de combate e prevenção ao COVID-19. Deste modo, as medidas excepcionais implementadas decorrem do exercício do poder discricionário, com a observância de um conjunto de normas e técnicas de atribuição que justificam a sua existência no âmbito da Administração Pública. Assim, caso não houvesse a decretação previa do estado de calamidade pública, não haveria a autorização para a adoção de medidas excepcionais de flexibilização, o que consequentemente acarretaria no engessamento da Administração Pública para o enfrentamento dos efeitos da referida crise sanitária.

Diante disso, elucidadas as técnicas de atribuição e autoatribuição do poder, necessário estudar os mecanismos redutores e limitadores desta discricionariedade. Note-se, que com base no escopo da presente dissertação, a análise das estruturas preexistentes no âmbito do Direito Administrativo, trata-se de pré-requisito para a compreensão das alterações e flexibilizações normativas ocorridas durante a pandemia de COVID-19. Isso porque, apenas a partir desta dimensão será possível compreender a ocorrência ou não de excessos advindos do exercício do poder discricionário na execução das medidas de combate e prevenção no cenário pandêmico. Desse modo, feitas as ponderações necessárias para a compreensão das técnicas de atribuição da discricionariedade passa-se a análise os instrumentos jurídicos e técnicas de controle do instituto.

2.3 Limites da discricionariedade

O poder discricionário do agente público, consiste na possibilidade que diante de um caso concreto, sejam juridicamente possíveis a adoção de mais de uma escolha igualmente válida. Dessa forma, em tais situações, o direito de escolha é

exercido em conformidade com o juízo de valor e conveniência do agente público, haja vista que desde que dentro daquela margem de escolha estipulada pela lei, qualquer decisão tomada será igualmente válida. Contudo, conforme já havíamos pontuado nos subtópicos anteriores a discricionariedade administrativa não é o exercício totalmente livre do direito de escolha, tal escolha está vinculada as hipóteses legalmente prescritas, e na remota hipótese de se afastarem do quanto previamente estabelecido na lei, poderão ser objeto de controle administrativo e judicial. Por isso, dando sequência a análise dos componentes deste instituto jurídico, após abordar as formas de atribuição da discricionariedade se faz necessário compreender quais as ferramentas disponíveis para a limitação e controle desse poder de sujeição.

Antes de adentrar nos meandros das modalidades de controle do ato administrativo discricionário, cumpre esclarecer, inicialmente, que existem dois tipos de controle da discricionariedade do agente público, sendo eles o controle político e o controle jurisdicional. Em relação ao primeiro, o controle político do ato administrativo discricionário, trata-se da forma indireta de analisar o acerto ou o desacerto do juízo de conveniência e oportunidade, e que em regra é exercido pelos órgãos políticos que gerem a sociedade. Como exemplo desse controle temos as figuras tanto dos partidos políticos, como também do próprio povo que exercem pressões políticas no exercício do poder discricionário do agente público eleito para os cargos de governança e legislatura. Do outro lado, temos o controle jurisdicional, que ao contrário do controle político, não exercerá o controle direto sobre o juízo de oportunidade ou conveniência, mas sim acerca da observância das normas e princípios gerais do Direito que limitam o exercício dessa discricionariedade.

Diante do caso em análise na presente dissertação, o estudo do controle jurisdicional neste momento trará maiores contribuições para a identificação dessas técnicas de controles no caso concreto. Desse modo, como forma de adentrarmos na temática, importante esclarecer que um dos primeiros desafios quando se fala em controle de discricionariedade é saber distinguir a discricionariedade dos conceitos jurídicos indeterminados, haja vista que ambos os institutos representam consequências jurídicas distintas no caso concreto. Enquanto um representa a multiplicidade de escolhas jurídicas igualmente válidas para uma mesma situação, o outro representa uma margem maior de interpretação acerca de um determinado

conceito que possibilita apenas uma solução jurídica diante do caso concreto. Entretanto, conforme analisado no subtópico anterior, com base na análise da teoria da discricionariedade, em determinadas dimensões, tais institutos podem ser analisados como ferramentas de um mesmo sistema, que supostamente se materializaria através da utilização desses termos jurídicos indeterminados.

Nestes termos, a luz da doutrina alemã, haja vista ter sido esta a teoria responsável pela distinção entre os referidos institutos, trazendo maior clareza para o cenário jurídico a respeito da definição dos conceitos jurídicos indeterminados, sendo possível defini-los como o instituto jurídico através do qual se inclui ou exclui determinadas situações não previstas expressamente na lei e cujas consequências jurídicas já estão previamente definidas, conforme se extrai do seguinte trecho:

Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indefinição do enunciado não se traduz em uma indefinição de suas aplicações, as quais somente permitem uma “unidade de solução justa” para cada caso, à qual se chega por meio de uma atividade de cognição, objetiva, portanto, e não de volição³⁰.

Da análise do trecho acima, pode-se afirmar que os conceitos jurídicos indeterminados consistem no meio pelo qual o legislador atribui ao agente público uma certa margem de interpretação para a aplicação da norma legal no caso concreto, possibilitando o enquadramento de mais de um caso concreto dentro daquela previsão legal. Ainda neste particular, cumpre pontuar que os conceitos jurídicos indeterminados possuem três dimensões, sendo elas a da imprecisão, a precisão positiva, e a precisão negativa do conceito, podendo-se extrair de tal técnica interpretativa, hipóteses que se subsomem ao conceito indeterminado, bem como, aquelas que também poderiam ser enquadradas naquele conceito, e por fim o seu antagônico, que de toda sorte estaria excluído daquele termo jurídico indeterminado.

Para além disso, no âmbito do controle jurisdicional, válido destacar que os conceitos jurídicos indeterminados podem ser distinguidos entre aqueles que requerem noções de experiência, possibilitando maior controle jurisdicional, em face a casos concretos anteriores que podem ser utilizados como forma de comparação para verificação da legalidade da aplicação da norma, e aqueles que requerem

³⁰ GÁRCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014. p. 466.

noções de valor, que se aproximam um pouco mais do poder discricionário, pois podem ser atribuídas valorações distintas ao caso concreto, sendo cabível nesta hipótese o controle jurisdicional dos excessos. Ou seja, mesmo havendo a distinção entre os termos jurídicos indeterminados e os atos administrativos discricionários, importante ponderar que em ambos os casos mostra-se plenamente cabível o controle jurisdicional, utilizando-se das técnicas apropriadas para tanto. Desse modo, em se considerando que a luz da doutrina estudada no subtópico anterior, os termos jurídicos indeterminados eram apontados como instrumentos de materialização da discricionariedade, pertinente a sua análise, haja vista que o controle judicial de tais termos seria o próprio controle jurisdicional da discricionariedade do agente público.

De mais a mais, superadas as ponderações iniciais sobre o tema, passa-se a analisar as técnicas de redução e controle judicial da discricionariedade, que por intermédio de uma perquirição histórica sobre a sua origem, chega-se ao desenvolvimento no século XIX, pelo Conselho de Estado Francês, do instituto jurídico chamado de *excès de pouvoir*, através do qual eram utilizados os seguintes elementos para suscitar o controle jurisdicional sobre o ato impugnado: a) incompetência da autoridade prolatora do ato no qual apenas era possível o controle jurisdicional sobre o ato administrativo questionado, quando este era exercido por agente público manifestamente incompetente; b) vício de forma, representando uma expansão do requisito anterior, haja vista que a partir da sua recepção, fora possível a aplicação do objeto do controle jurisdicional; c) o desvio de poder, que apesar da grande inovação na época da sua implementação, devido a grande dificuldade de sua comprovação passou a aceitar a impugnação através da suspeita embasada teleologicamente por elementos probatórios que superem a mera alegação; d) e por fim a violação da lei, direta ou indireta. Posteriormente, com o aprimoramento dessas técnicas, bem como, o aprofundamento da doutrina alemã dos conceitos jurídicos indeterminados surgiram ainda as possibilidades de controle jurisdicionais através: i. da análise do erro manifesto dos fatos; ii. e a aplicação dos princípios gerais do Direito³¹.

Para a presente dissertação, aprofundando-se no controle do ato administrativo discricionário, se faz necessário o estudo da divisão de técnicas de

³¹Vide em GÁRCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014. p. 470.

controle capitaneada por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, sendo elas as seguintes: 1. o controle dos elementos vinculados do ato discricionário e, especificamente, o desvio de poder; 2. o controle dos motivos determinantes; 3. e o controle pelos princípios gerais do Direito. Dessa forma, para que seja possível a identificação das referidas técnicas de controle diante do caso concreto, passa-se a analisar cada uma delas detalhadamente, de tal sorte que ao final seja possível identificar quais as técnicas de controle embasaram as investigações e processos envolvendo a Operação *Para Bellum*. Em outras palavras, passa-se a desmembrar as técnicas de controle de discricionariedade, para que através do conhecimento dos seus elementos constitutivos, seja possível reconhecê-los mais adiante.

Destarte, iniciando-se as análises, importante destacar que no que pertine a primeira técnica de redução e controle de discricionariedade, encontra-se a possibilidade de análise dos elementos vinculados do ato discricionário, que em síntese consiste numa análise minuciosa dos elementos que compõe o próprio ato administrativo e que já foram objeto de estudo no primeiro subtópico deste capítulo. Desta forma, resta justificado o caminho propedêutico percorrido até aqui, sendo necessário o aprofundamento dos termos doutrinários estudados para que seja possível a sua identificação no caso concreto. Assim, o principal ponto desta primeira técnica de controle que merece destaque, consiste na possibilidade de controle do fim, denominada especificamente de técnica do controle do desvio de poder, que em síntese consiste na análise da subsunção da finalidade do ato administrativo discricionário praticado, e aquela finalidade prescrita por lei autorizando o referido exercício do poder discricionário.

Nas palavras dos autores capitaneadores da referida classificação, o controle de desvio de poder, como técnica de controle dos elementos vinculados do ato administrativo discricionário, consiste numa técnica que vai além da mera identificação dos elementos constitutivos do ato administrativo, se fazendo necessária uma sólida investigação acerca da finalidade autorizadora do poder discricionário, e aquela perseguida pelo agente público prolator, de tal sorte que apenas seria validado o poder discricionário exercido quando os dois campos estivessem em plena harmonia, atingindo-se através do ato praticado, a finalidade autorizadora do próprio poder, como pode ser entendido do trecho a seguir:

Para que ocorra um desvio de poder não é necessário que o fim perseguido seja um fim privado, um interesse particular do agente ou da autoridade administrativa, mas é suficiente que tal fim, ainda que público, seja diferente do previsto e estabelecido pela norma que atribui a potestade³².

Note-se, que conforme salientado anteriormente está técnica, possui uma grande dificuldade de implementação, haja vista que o agente investigado não deixaria claro o desvio de finalidade, muitas vezes se fazendo necessário um esforço hermenêutico exacerbado para conseguir compreender o desvio cometido. Tal situação, se torna ainda mais difícil, quando o desvio de finalidade acaba atingindo um outro fim distinto daquele preconizado pela norma, mas também albergado pelo Ordenamento Jurídico, surgindo muitas das vezes hipóteses de desvio de poder que poderiam ser convalidadas em face a um desvio formal de poder, que pode ser retificado através de um ato formal. Exemplo disso, consiste na desapropriação para uma determinada finalidade pública, que acaba não se materializando e exigindo uma retificação do ato solene de desapropriação, sem que isso enseje a extinção do ato jurídico praticado. Por isso, para que haja a efetividade anulatória do ato administrativo praticado, tem-se que está diante de uma situação que não enseje convalidação, um desvio de poder que afete o interesse público de tal forma a causar danos ao erário pela utilização indevida da máquina pública.

No que pertine a segunda técnica de controle de discricionariedade, como forma de suceder a técnica anterior devido as dificuldades na seara probatória, surge a técnica do controle dos motivos determinantes, por meio do qual atribui-se ao poder judiciário o poder/dever de revisar as decisões administrativas baseados em supostos fatos que não se subsomem a realidade. Nesta técnica em específico, há uma sobreposição da relevância da prova em face ao ato administrativo questionado, de forma a ultrapassar a fé pública atribuída aos agentes públicos e demonstrar o equívoco dos motivos determinantes do ato discricionário questionado. Dessa forma, cumpre salientar que motivos determinantes aqui, significa a situação da realidade que deu origem ao ato, o que significa, que, por exemplo, para declarar o Estado de Emergência Pública, se faz necessária a existência de uma situação na realidade de tamanha grandeza que autorize o agente público a sua declaração, tal qual como ocorreu com a Portaria nº 188, de 3.2.2020 que declarou a Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção

³² GÁRCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014. p. 476.

Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV), criando um mecanismo de gerência e articulação de informações a respeito da pandemia de COVID-19.

Nesse sentido, de forma peculiar ao analisarem o cenário de aplicação desta técnica na jurisprudência da Espanha, os autores retromencionados destacam que após um longo contexto histórico, a fé pública dos atos administrativos questionados que invertiam o ônus da prova, passaram a ceder lugar a necessidade de comprovar o quanto alegado, sendo necessário que ambas as partes demonstrassem o fundamento das suas razões através da farta produção probatória que viesse a validar ou invalidar o ato administrativo praticado:

Esclarecido definitivamente o equívoco, fica claro que a existência e características dos fatos determinantes fogem a toda discricionariedade e que o controle daqueles fatos, fica, em qualquer caso, remetido ao que resultar da prova que possa ser produzida no respectivo processo. “Os fatos são tal como a realidade os exterioriza”, de forma que “não é admitido à Administração Pública inventá-los ou desfigura-los, ainda que tenha faculdades discricionárias para sua apreciação”, como adverte a Sentença de 1º de dezembro de 1986³³.

Por conseguinte, pode-se concluir que a segunda técnica de controle confronta os motivos determinantes utilizados pelo ato administrativo questionado com os elementos probatórios da própria realidade. Dessa forma, a discricionariedade nesse caso se restringe as escolhas baseadas numa dada realidade, e não na modulação da própria realidade, razão pela qual o controle é exercido através do confronto com a própria realidade, verificando-se assim a implementação das hipóteses legalmente previstas para o exercício da discricionariedade. No caso objeto de estudo pela presente dissertação, está é uma das técnicas de controle mais relevantes, pois possibilita ao magistrado a verificação da existência ou não da situação na realidade utilizada pelo agente público para justificar a prática de medidas de combate e prevenção ao COVID-19, verificando-se por exemplo a necessidade de compra de dados insumos ou equipamentos médicos de forma emergencial, sem a observância por exemplo dos procedimentos definidos na Lei das Licitações. Está na verdade é uma das técnicas de controle mais tangíveis, pois confronta o ato administrativo impugnado com a própria realidade, que independente das alegações continua sendo uma única.

³³ GÁRCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014. p. 481.

Por fim, mas não menos importante, a terceira técnica a ser estudada, consiste na técnica de controle da discricionariedade por meio dos princípios gerais do direito que através de uma análise multidimensional do ato administrativo discricionário busca chegar até o âmago da norma jurídica que o fundamenta, devendo esta ser condizente com os princípios sobre os quais estão fundados o Estado Constitucional de Direito. Os princípios gerais do Direito, variam de Ordenamento Jurídico para Ordenamento Jurídico, podendo ser definidos como os princípios fundamentais sobre os quais se baseiam os nortes de cada sociedade, razão pela qual são eleitos pela maior relevância no cenário jurídico, econômico, e social, podendo-se destacar a boa-fé, a equidade, a isonomia, a função social da propriedade, dentre outros que devem ser considerados por todas as relações firmadas pelo Direito Administrativo.

Nestes termos, ao tratar sobre os princípios gerais do Direito os capitaneadores da classificação destacam, a sua modulação com base na própria realidade, estes princípios são analisados justamente através da realidade social da própria sociedade, e por isso não se trata de uma mera substituição da lógica administrativa pela lógica judicial, mas sim na observância de um substrato principiológico fundamental que deve ser observado por todos aqueles que operam o Direito, e por isso constitui uma única matriz, conforme se observa:

Os princípios gerais de Direito fornecem, por isso, outros tantos critérios que deverão ser considerados na hora de julgar as atuações discricionárias. Convém recordar a respeito que os princípios gerais de Direito são uma condensação dos grandes valores jurídicos materiais que constituem o substratum do Ordenamento e da experiência reiterada da vida jurídica. Não são, pois, uma invocação abstrata e indeterminada da justiça ou da consciência moral ou da discricionariedade do juiz, mas, na verdade, a expressão de uma justiça material especificada tecnicamente em função dos problemas jurídicos concretos e objetivada na lógica própria dos institutos³⁴.

Diante disso, uma ponderação importante a respeito desta técnica, e que se volta a frisar, mais uma vez, consiste no fato de que a utilização dos princípios gerais do Direito, não caracterizam a imediata substituição da discricionariedade administrativa pela discricionariedade judicial. Note-se, ainda, que no exercício do controle judicial, o julgador também está condicionado a limites previstos na própria

³⁴ GÁRCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014. p. 483.

norma legal, conforme leciona Miguel Seabra Fagundes, a respeito do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário:

Pela necessidade de subtrair a Administração Pública a uma prevalência do Poder Judiciário, capaz de diminuí-la, ou até mesmo de anulá-la em sua atividade peculiar, se põem restrições à apreciação jurisdicional dos atos administrativos, no que respeita à extensão e consequências. Quanto à extensão, restringe-se o pronunciamento jurisdicional à apreciação do ato, no que se refere à conformidade com a lei. Relativamente às consequências, limita-se a lhe negar efeito em cada caso especial. Por isso, o pronunciamento do órgão jurisdicional nem analisa o ato do Poder Executivo, em todos os seus aspectos, nem o invalida totalmente³⁵.

Diante disso, observa-se que o julgador analisará quais os fundamentos principiológicos que albergam o ato questionado, estando limitado no exercício do seu poder fiscalizatório ao quanto previsto na Lei e nas normas dela extraídas através de uma interpretação integrativa do direito. Ademais, no campo do Direito Brasileiro, uma das ações constitucionais que guardam particular semelhança com a referida técnica de controle de discricionariedade é a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, que assim como a referida técnica, visa desconstituir o ato que fora prolatada em desacordo com os princípios fundamentais do Direito. Deste modo, compreende-se que a referida técnica encontra guarida no nosso ordenamento jurídico, podendo ser suscitada como forma de prevenção ou repressão contra o ato administrativo questionado.

Após analisadas todas as técnicas de controle de discricionariedade, cumpre tecer algumas considerações a respeito da grande diferença entre os atos discricionários e os atos arbitrários, haja vista que enquanto os primeiros atuam dentro das margens de liberdades delimitadas pela lei, os últimos consistem em atos que ultrapassam esses limites, constituindo verdadeiros atos antagônicos dos primeiros. Dessa forma, a discricionariedade consiste no indiferente jurídico, através do qual, em que pese a coexistência de uma multiplicidade de escolhas, qualquer uma delas estará dentro das margens estipuladas pela lei, enquanto a arbitrariedade consiste no desvio dos limites pretéritos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, consistindo em um ato que em face das suas estruturas desvirtuosas não aceita sequer a convalidação, devendo ser extirpado do cenário normativo após a sua constatação.

³⁵FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979. P. 145.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo, a arbitrariedade consiste numa espécie de agressão a ordem jurídica, cujo comportamento contraditório e fora dos limites impostos pela lei possibilita o controle judicial³⁶. Por conseguinte, observa-se que o controle de discricionariedade visa possibilitar que os atos antijurídicos sejam extirpados do Ordenamento Jurídico, através das técnicas já mencionadas, bem como, com a utilização das ferramentas jurídicas que serão estudadas mais adiante.

³⁶ Vide MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 441.

3 PONDERAÇÕES ACERCA DOS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE DO AGENTE PÚBLICO DIANTE DO CASO CONCRETO

O presente capítulo, apesar de ainda ter a responsabilidade de compor a base teórica desta dissertação de mestrado, possibilitará uma análise mais minuciosa acerca dos regramentos basilares para a atribuição e controle de discricionariedade, realizando: a) a análise da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro; b) prosseguindo com a identificação dos instrumentos para a materialização do controle da discricionariedade do agente público; c) e finalizando com uma abordagem a respeito da resolução consensual de conflitos e a dinâmica de redução e controle da discricionariedade do agente público durante a pandemia.

Por conseguinte, compreende-se que a análise a ser realizada, possibilitará a composição das bases propedêuticas para o enfrentamento do caso concreto, com a respectiva identificação das diretrizes aqui delineadas.

3.1 A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e a definição dos limites legais do controle da discricionariedade

O presente capítulo, tem como escopo analisar os limites da discricionariedade do agente público diante do caso concreto, e para tanto se faz necessário analisar inicialmente a abertura da legislação brasileira para o exercício do controle desta discricionariedade. Como vimos no capítulo anterior, existem uma série de técnicas para o exercício deste controle de discricionariedade, razão pela qual analisaremos a seguir as principais previsões sobre o tema contidas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB. Tal estratégia, visa partir de um âmbito normativo consolidado para analisar as principais alterações formuladas pelas leis e regulamentos editados durante o período pandêmico. Por isso, nos debruçaremos a seguir, mais especificamente, sobre as previsões contidas entre os artigos 20 ao 30 da LINDB que tratam sobre as normas de segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Nestes termos, o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que trata sobre Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, fora editado durante o governo de Getúlio Vargas, mas após a sua recepção pela Constituição Federal de

1988, já passou por sucessivas modificações. O trecho sobre o qual nos debruçaremos a seguir, artigos 20 a 30, por exemplo, foram modificados recentemente pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu na LINDB, disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, e por isso se trata de marco importante para a presente dissertação, extraindo-se das suas previsões normas de caráter geral importantes para o controle de legalidade das normas editadas durante o período pandêmico. Trazendo consigo, previsões acerca das técnicas de controle de discricionariedade, e diretrizes normativas cogentes para a edição de novas normas, que poderão, inclusive, servir de baliza para a análise das normas editadas na pandemia de COVID-19.

Por isso, iniciando-se a análise, cumpre salientar que o artigo 20 em seu *caput* traz a previsão de que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, o que significa que o ordenamento jurídico brasileiro de forma expressa acolheu as técnicas de controle de discricionariedade referente aos motivos determinantes e aos princípios gerais do direito, afastando-se, a possibilidade da mera substituição da discricionariedade do agente prolator do ato questionado, pela discricionariedade do órgão julgador. Dessa forma, compreende-se que o fundamento da decisão revisora do ato administrativo discricionário, possui natureza vinculada, apenas sendo-lhe permitido revisar a decisão questionada com base em princípios consolidados no ordenamento jurídico e nos motivos determinantes confrontados com a realidade sob análise.

Conforme ressaltam Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras Freitas, o objetivo do artigo 20 da LINDB consiste em reforçar a necessidade de que o controlador ou julgador se atenha aos fundamentos de fato e de direito que levaram ao agente público a praticar tal ato. Com isso, evita-se que haja uma substituição de vontades, impondo ao órgão revisor o dever de interpretar o ato questionado a luz de elementos objetivos:

O art. 20 que ora se comenta, ao conferir um racional decisório consequencialista às decisões principiológicas, na ponta, interdita que os controladores se substituam ao administrador público sem que tenham atenção aos aspectos que devem (ou deveriam) ser analisados e ponderados pela autoridade originalmente competente para a prática do ato sindicado. Impõe, pois, que prestem deferência ao administrador,

apreciando circunstâncias e consequências ao cotejar o ato com valores abstratos presentes no ordenamento³⁷.

Além disso, o próprio parágrafo único do referido dispositivo legal, traz consigo de forma mais expressa ainda a preponderância da técnica dos motivos determinantes, haja vista que conforme previsto “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”. Isso significa, que mesmo diante de uma situação inovadora, como, por exemplo, uma pandemia de COVID-19, a própria análise da realidade, como fonte dos motivos determinantes seria capaz de revelar a validade ou invalidade da medida, se fazendo necessário, portanto, a comprovação do fundamento e da relevância daquele ato administrativo para a realidade.

Na sequência, o artigo 21 estipula balizas para que a eventual invalidação do ato administrativo questionado não traga ainda mais danos ao interesse público, sendo cabível ao julgador, caso seja possível, a demonstração do procedimento necessário para a regularização do ato tido como inválido, bem como, a mitigação dos danos causados por tal cenário aos particulares e até mesmo para o próprio ente público. Portanto, a partir do momento que a norma traz a determinação de que a autoridade julgadora quando entender por bem anular um ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa indique “de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”, privilegia o princípio da segurança jurídica, trazendo a toda coletividade o conhecimento dos fundamentos e das consequências daquela invalidação.

Neste sentido, apenas a título de exemplificação da aplicação do instituto no âmbito da pandemia de COVID-19, foram noticiados pelos jornais uma série de escândalos envolvendo malversação das verbas públicas no combate e prevenção ao COVID-19, como por exemplo, compra de máscaras superfaturadas, aquisição de respiradores sucateados, contratos de aquisição de vacinas em desacordo com as regras de licitação, contudo, mesmo que submetidos ao controle judicial, em determinados casos, mesmo considerando-se que o ato estaria eivado de vícios, não seria interessante para própria população a sua invalidação por completo. Dessa forma, quando possível, seria interessante para a Administração Pública a

³⁷MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. P. 37

manutenção do ato questionado e a invalidação parcial dos seus efeitos, razão pela qual se faz necessária a fundamentação em todo caso das razões da invalidação total ou parcial, bem como, a delimitação das suas consequências jurídicas, de tal sorte que seja sempre privilegiado a supremacia do interesse público.

O artigo 22 da norma em comento, guarda importante contribuição para os limites da discricionariedade que ora se discute, isso porque, de forma expressa a norma prevê que para a análise da responsabilidade do agente público deverão ser consideradas “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo”, o que significa que toda a análise realizada a título de controle jurisdicional, deverá observar os contornos da realidade fática que originou o ato questionado. Nos parágrafos do referido artigo são estabelecidas normas complementares referentes aos critérios de dosimetria da penas, sendo válido ainda destacar que o parágrafo primeiro volta a destacar a necessidade de observância “das circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”. Ou seja, a ideia trazida pela norma é a de que não se pode estabelecer um órgão revisional da atividade administrativa isolado da realidade, para que seja verificada a observância das normas legais, também devem ser observados os contextos e contornos fáticos que levaram a edição do ato. E isso se torna ainda mais importante quando se verifica a ausência de intencionalidade de causar danos ao erário, haja vista que em determinadas situações o agente público não teria como imaginar que o ato ou contrato administrativo firmado ensejaria em uma desvantagem para a Administração Pública.

Os artigos 23 e 24, trazem previsões que corroboram com o princípio da segurança jurídica, trazendo para o âmbito normativo previsões acerca da limitação temporal da modificação ou limitação de interpretações dos conceitos jurídicos indeterminados e das alterações de orientações gerais no âmbito da Administração Pública. Assim, caso seja verificada a necessidade de restrição da interpretação de um conceito jurídico indeterminado, se faz necessário a publicização dessa nova interpretação, bem como o estabelecimento de regras escalonadas para a sua aplicação, haja vista que pela própria natureza do instituto jurídico dos conceitos indeterminados há uma abertura natural para a interpretação ampla, razão pela qual qualquer limitação além daquela estabelecida na lei, deverá prever um período de adaptação para a sua observância plena.

De mais a mais, no que pertine a alteração dos entendimentos gerais proferidos pela própria Administração Pública ou pela jurisprudência dominante dos tribunais, o mesmo sentido deve ser seguido, observando-se um período mínimo para a transição entre as orientações existentes no Ordenamento Jurídico, conforme destacam Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras Freitas:

Mas isso tudo não importa dizer que as autoridades decisoras restarão aprisionadas às suas interpretações. Até mesmo porque a cambialidade é da essência da interpretação jurídica. Na verdade, tal dispositivo só visa a conferir previsibilidade para as suas mudanças interpretativas. E, na ponta, dar concretude à incidência da boa-fé nas relações administrativas. Quem sabe, no futuro, o passado passe a ser mais previsível³⁸.

Na sequência, o artigo 25 trazia a previsão de cabimento de uma espécie de Ação Declaratória de Validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, que fora vetada pelo fato de que a sua previsão poderia ensejar a insegurança jurídica, bem como, devido a omissão, quanto a validade de decisões anteriores, poderia ser utilizada como forma de protelar a invalidação de tais normas, conforme a exposição de motivos do veto. Já o artigo 26, visando dirimir divergências relacionadas com a eliminação de “irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público”, autoriza ao agente público a firmar os respectivos Termos de Compromisso com os interessados, desde que devidamente embasados juridicamente pelos pareceres dos seus órgãos técnicos e após a realização de consultas públicas sobre o caso, possibilitando assim a contribuição da sociedade para resolução do problema.

O artigo anterior, em face a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados, traz uma grande margem de interpretação sobre o que venham a ser estas situações de “irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público”, razão pela qual de forma expressa, a própria norma traz em seu parágrafo primeiro as limitações para sua aplicação no caso concreto, estabelecendo ao agente público a obrigação de observância de uma “solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais”, bem como, vedando a desoneração total e permanente de obrigações previstas em norma geral, e determinando que todos os termos do compromisso firmado sejam claros e submetidos a publicidade com a respectiva publicação no Diário Oficial.

³⁸MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. P. 95.

Deste modo, mais uma vez, verifica-se que tanto as normas discricionárias, quanto os conceitos jurídicos indeterminados encontram-se limitados pelas próprias normas que os preveem, reiterando a força das técnicas de controle já estudadas.

Os artigos 27 e 28 preveem normas procedimentais acerca da responsabilização dos agentes públicos, havendo a possibilidade de responderem de forma patrimonial para “compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos”, respondendo ainda de forma objetiva por todas as “suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Neste particular, as previsões começam a estreitar os limites de atuação dos agentes, em se considerando a margem bastante ampla a título de responsabilização, haja vista que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados são aqueles advindos da experiência e do valor, possibilitando um controle amplo e massivo por parte do julgador acerca de eventuais transgressões, e que poderiam ser utilizadas facilmente para aprofundar-se nos casos de desvios ou malversações das verbas públicas durante a pandemia de COVID-19. Ou seja, a partir desta previsão ter-se-ia margem para a aplicação de sanções patrimoniais em face a medidas que tenham causado dano ao erário, com a responsabilização direta e imediata do patrimônio do agente público envolvido, mesmo quando inexistente o dolo, haja vista que o erro grosseiro trata-se de um conceito jurídico indeterminado e com grande amplitude de aplicação.

Por fim, os artigos 29 e 30, constituem normas que visam reafirmar os princípios gerais do Direito referente a Segurança Jurídica e a Publicidade das normas, prevendo a possibilidade de participação popular na criação das normas através da edição de de consultas públicas por meio eletrônico. Os artigos finais da LINDB ressaltam, mais uma vez, a necessidade de coesão e coerência do exercício do poder regulamentar das instituições, haja vista que os regulamentos, decisões e sumulas proferidas pelo órgão administrativo acabam vinculando o seu entendimento ao quanto previamente discriminado. Por sua vez, compreende-se da análise dos artigos destacados da LINDB, que o Ordenamento Jurídico Brasileiro criou um sistema de normas básicas que orientam a criação das demais, devendo sempre serem observados os princípios insculpidos nesta norma e que consagram as formas de controle do poder discricionário, privilegiando as técnicas de controle pelos motivos determinantes e pelos princípios gerais do Direito.

Nestes termos, estabelecidos os pilares sobre os quais deverão ser analisadas as alterações normativas durante o período da pandemia de COVID-19, cumpre esmiuçar os principais atos normativos editados para o enfrentamento da pandemia, prosseguindo com a análise dos instrumentos jurídicos utilizados como meios de concretização de políticas públicas no período. Desse modo, no que pertine a flexibilização legislativa e a ampliação dos limites de discricionariedade do agente público em face a pandemia de COVID-19, o referido tópico será analisado sob o prisma: a) dos conjuntos de atos normativos editados com o intuito de combater e prevenir diretamente a pandemia; b) assim como, aqueles editados com o intuito de ampliar o poder de decisão dos agentes públicos; c) e ainda, acerca da responsabilidade pelo exercício da discricionariedade nas escolhas de medidas de combate e prevenção ao COVID-19.

Assim, inicialmente, se faz necessário diferenciar os dois tipos de atos administrativos editados na pandemia, sendo aqueles que visavam por via direta enfrentar os efeitos da pandemia, e aqueles que ofereciam maiores poderes para os gestores dos entes federativos adotarem medidas excepcionais para o enfrentamento da crise sanitária. Dessa forma, cumpre analisar de que modo as medidas adotadas pelo governo federal, tais como: o direcionamento de verbas emergenciais para os entes da federação para criação de hospitais de campanha e subsídio de compras de insumos para o combate e prevenção da pandemia, bem como, a criação de programas de transferência de renda e manutenção e garantia do emprego, atendendo as necessidades imediatas da população, se enquadraram dentro dessa dinâmica.

Conforme pontuado, para a presente pesquisa cumpre destacar a forma e o objetivo para os quais os atos normativos foram editados. Isso porque, durante o pico da pandemia existiram momentos em que o próprio Governo Federal assumiu para si a responsabilidade para o combate e prevenção do vírus e dos efeitos sociais causados pela proliferação, como também existiram momentos em que essa responsabilidade fora partilhada com os demais gestores da federação. Assim, cumpre salientar em uma breve abordagem quais seriam esses atos editados para o enfrentamento direto dos efeitos do evento pandêmico.

Nestes termos, a Portaria nº 188, de 03.02.2020 declarou a Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção

Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV), criando um mecanismo de gerência e articulação de informações a respeito da pandemia de COVID-19. Logo em seguida, em face a gravidade do cenário pandêmico fora promulgada a Lei Federal nº 13.979, de 06.02.2020, responsável por dispor sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, estabelecendo as diretrizes básicas para o contingenciamento da crise sanitária e orientando aos demais entes da federação acerca da adoção das medidas de contingenciamento dos danos causados pela crise sanitária.

Além dos atos estabelecendo medidas de proteção e combate que poderiam ser adotados por toda a sociedade, também foram editados atos específicos para enfrentar os efeitos sociais das imposições de distanciamento e restrição de circulação de pessoas, tais como: a) a Portaria nº 103, de 17.03.2020 que dispôs sobre medidas relacionadas aos atos de cobrança da dívida ativa da União; b) Medida Provisória nº 927, de 22.03.2020 instituindo medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública; c) Medida Provisória nº 936, de 01.04.2020 que de forma imprescindível instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispôs sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública; d) Lei nº 13.987, de 07.04.2020 que alterando a legislação vigente, autorizou em caráter excepcional, durante o período de suspensão das aulas em razão de situação de emergência ou calamidade pública, a distribuição de gêneros alimentícios adquiridos com recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar (Pnae) aos pais ou responsáveis dos estudantes das escolas públicas de educação básica.

Por conseguinte, percebe-se que houve diversos atos normativos através dos quais o Governo Federal assumiu o papel ativo para a resolução das demandas surgidas durante a pandemia de COVID-19, atuando de forma a minimizar os efeitos da crise sanitária. Ocorre, que mesmo em face a esse protagonismo excepcional da esfera federal, em um país com dimensões continentais atuar em todas as frentes acarretaria um trabalho exorbitante que não teria como ser materializado. Diante disso, com o intuito de possibilitar que todos os entes federativos atuassem de forma a minimizar as consequências advindas da pandemia, foram editados atos com o intuito de facilitar a implementação dessas medidas.

Um dos atos de maior destaque e sobre o qual teremos que nos debruçar mais adiante fora a edição da Medida Provisória nº 961, de 06.05.2020 posteriormente convertida na Lei Federal nº 14.065 de 30.09.2020, cujo objetivo fora autorizar pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, adequando os limites de dispensa de licitação e ampliação do uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Dessa forma, através da ampliação dos limites da discricionariedade do gestor público, fora possível a aquisição de aparelhos e insumos necessários para o enfrentamento da pandemia, contudo, da mesma forma criou-se margem para a ocorrência de situações como as investigadas pela operação “Para Bellum”, nas quais houve o pagamento antecipado e a flexibilização das regras para a aquisição de produtos que eventualmente não foram entregues. Desse modo, as alterações normativas trazidas por esta norma serão analisadas mais a fundo quando confrontarmos a norma estadual do caso paradigma que também trouxe tal previsão flexibilizadora.

Nesse caso, em se considerando as margens de discricionariedade abertas pelos atos normativos editados, conclui-se que a análise da responsabilidade do gestor público se dará pela averiguação do cumprimento das precauções legais para o firmamento dos contratos. Dessa forma, mais uma vez, válido salientar a previsão contida no artigo 22, da LINDB, haja vista que a norma fundamental prevê que para que sejam analisadas a validade ou invalidade do ato administrativo questionado “serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”. Por isso, em que pese a necessidade do cumprimento de medidas mínimas de segurança para garantir a incolumidade das verbas públicas, para a averiguação responsabilidade dos gestores públicos, também deverão ser analisadas “as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”, como forma de garantir a isonomia da referida análise, executando um exame policêntrico acerca do ato questionado.

Ainda neste particular, dentre as alterações legislativas para ampliar o poder dos gestores públicos na adoção de medidas de combate e prevenção ao COVID-19, pode-se destacar a promulgação da Emenda Constitucional nº 106, de 07.05.2020 que instituiu o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Deste

modo, fora possível a flexibilização de uma série de regras referente a prestação de contas do governo federal, bem como, acerca da contratação de mão de obra em prol do enfrentamento das consequências advindas do cenário pandêmico. Para a presente dissertação, cabível o estudo das normas que possibilitaram aos agentes públicos o exercício da discricionariedade na gestão das verbas emergenciais, pois estas sim, acarretarão a implementação das técnicas de controle de discricionariedade que sempre estarão presentes, independentemente dos cenários extraordinários que constituam a realidade.

No cenário da responsabilização do agente público pela tomada de decisões durante o período de calamidade pública cumpre destacar o papel da Medida Provisória nº 966, de 13.05.2020 que dispôs sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da COVID-19. Não obstante, o referido ato normativo não fora aceito em sua plenitude pelos atores do cenário jurídico, haja vista que tão logo a sua edição, fora proposta a ADI nº 6427/2020 cujo objetivo fora questionar a constitucionalidade do art. 2º da Medida Provisória editada, haja vista que trazia termos demasiadamente abertos para a apreciação de eventual responsabilidade dos agentes públicos. Ou seja, já visando coibir o grande impacto que os conceitos jurídicos indeterminados teriam num futuro controle de discricionariedade, fora questionada a própria constitucionalidade da norma jurídica editada. Nesse sentido, ao apreciar o pedido de medida cautelar requerido em sede de ADI, o plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal, decidiu por deferir a medida cautelar para estabelecer interpretação conforme a Constituição ao art. 1º e 2º da MP 966/2020, impondo ao agente público a observância de outros critérios que pudessem garantir a incolumidade das verbas públicas aplicadas no combate e prevenção ao COVID-19, tais como a observância: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas; (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Além disso, a decisão cautelar do STF trouxe a possibilidade de responsabilização solidária dos agentes técnicos, quando os seus pareceres pudessem induzir o agente público decisor a erro.

Ultrapassado o primeiro ano da pandemia de COVID-19 no Brasil, já nos primeiros dias do mês de janeiro de 2021 fora editada a Medida Provisória nº 1.026, de 06.01.2021, cujo objetivo fora dispor a respeito das medidas excepcionais

relativas à aquisição de vacinas, insumos, bens e serviços de logística, tecnologia da informação e comunicação, comunicação social e publicitária e treinamentos destinados à vacinação contra a COVID-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a COVID-19. Em um período surpreendente de um pouco mais de um ano de existência do cenário pandêmico, através de um esforço conjunto no âmbito internacional foram desenvolvidas vacinas promissoras e que precisavam ser urgentemente adquiridas para garantir a vacinação da população. Neste ponto em específico, surgiram outras questões que também seriam dignas de nota, a respeito do superfaturamento de determinadas vacinas, razão pela qual o agente público esteve diante de uma realidade na qual mesmo que não estivesse de acordo com os valores cobrados, não teria outra opção se não a de adquirir tais insumos, sob pena de comprometer a saúde da própria população. Deste modo, mais do que uma simples conta aritmética, no momento de análise da responsabilidade desses agentes, deverão ser analisados os elementos de culpa ou dolo para analisar a eventual responsabilidade pelo dano ao erário.

De um modo geral, a pandemia de COVID-19 revelou duas feições de uma mesma realidade, haja vista que ao mesmo tempo que a sociedade contemporânea não estava preparada para lidar com uma crise sanitária de nível global, a criação de protótipos de soluções em forma de vacinas ocorreu em tempo recorde³⁹. Neste cenário, quem assumiu a frente da resolução do problema foram os países que possuíam melhores condições de investimento em pesquisa e desenvolvimento, impondo aos demais países do globo a busca por aquisição de vacinas já prontas ou insumos que pudessem ser rapidamente diluídos e embalados para imediata distribuição.

Diante de todo esse cenário, fora necessária a adoção de uma série de medidas que custaram o aumento dos gastos no orçamento de todos os entes da federação, razão pela qual foi promulgada a Emenda Constitucional nº 119, de 27.04.2022 com o intuito de flexibilizar os regramentos constitucionais acerca da obrigatoriedade de aplicação de percentual específico da receita que restou impossibilitado diante do cenário de calamidade pública. Neste ponto, observa-se uma mitigação de uma obrigação vinculada, em face a um cenário extraordinário,

³⁹ SILVA, Lillian Oliveira Pereira da; NOGUEIRA, Joseli Maria Rocha A corrida pela vacina em tempos de pandemia: a necessidade da imunização contra a COVID-19. **Revista RBAC**. Ago. 2020. Disponível em: <http://www.rbac.org.br/artigos/a-corrida-pela-vacina-em-tempos-de-pandemia-a-necessidade-da-imunizacao-contra-a-covid-19/>. Acesso em: 02 jul. 2022.

que excepcionalmente transformou tais obrigações de limitações fiscais em limitações discricionárias, haja vista que se o ente da federação cumprir ou não durante este período o teto de gastos, não poderia ser sancionado. Em síntese a EC nº 119/2022 alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para determinar a impossibilidade de responsabilização dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos agentes públicos dos entes federados pelo descumprimento, nos exercícios financeiros de 2020 e 2021, do disposto no caput do art. 212 da Constituição Federal.

Após uma análise direcionada dos atos editados para o combate e prevenção da COVID-19 e conseqüente ampliação dos limites da discricionariedade do gestor público, cumpre esclarecer que para discriminar os critérios de responsabilização dos agentes públicos, será preciso estabelecer uma relação entre os atos editados pelo governo federal e aqueles editados pelo governo local, haja vista o poder regulamentador compartilhado dos entes da federação. A partir disso, ter-se-á a dimensão dos limites da responsabilidade desses gestores na adoção de tais atos, haja vista a existência de limites legais para o exercício desta discricionariedade que transcendem os limites dos atos editados no período pandêmico. Com isso, pode-se concluir, ao menos por meio de um juízo preliminar, que a responsabilidade dos gestores públicos está diretamente ligada ao estrito cumprimento do interesse público. O que significa, que os gestores públicos não são responsáveis tão somente pelo regular cumprimento das normas legais, mas também possuem a responsabilidade pelas conseqüências derivadas das suas escolhas.

Em se considerando o advento do estado de calamidade pública, diversas das barreiras legais que visavam proteger as verbas públicas foram mitigadas, trazendo a possibilidade de contratação e aplicação das verbas públicas de forma mais rápida, justamente para garantir o direito à vida e a saúde de todos. Desta forma, em que pese as previsões contidas na LINDB acerca da necessidade de consideração das limitações do caso concreto em que estava submetido o agente público, a partir do contorno dos atos editados no período, acerca da responsabilidade do agente público, depreende-se uma tendência a responsabilização do agente pelos equívocos cometidos no exercício das decisões discricionárias caso não haja a adoção das precauções mínimas estipuladas pelas próprias normas.

Sendo assim, muito embora tais barreiras burocráticas tenham sido flexibilizadas, válido salientar que a responsabilidade pela malversação dos recursos públicos permanece a mesma. Mesmo havendo a previsão da LINDB acerca da consideração das circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente, as normas editadas no período, bem como, os princípios gerais do Direito que regem a Administração Pública, impõe por si só uma série de precauções que devem ser adotadas na gestão da máquina pública. Desse modo, na realidade, a flexibilização das barreiras impostas pela Lei de Licitações que também serviam como proteção para os próprios gestores públicos, acentuaram a responsabilidade dos mesmos, passando a centralizar as decisões acerca da adoção de medidas de combate e prevenção ao COVID-19 e afetando a Administração Pública de modo ambivalente.

3.2 Os instrumentos de materialização do controle da discricionariedade do agente público

Na presente dissertação foram analisadas as mais diversas técnicas de controle de discricionariedade, tendo sido aprofundado com maior ênfase: 1. o controle dos elementos vinculados do ato discricionário; 2. o controle dos motivos determinantes; 3. e o controle pelos princípios gerais do Direito. Após a análise das respectivas técnicas, constata-se a necessidade do estudo dos instrumentos utilizados para a sua materialização no campo jurisdicional. Para tanto, antes mesmo de analisar o controle da discricionariedade em si, se faz necessário entender como é exercido o controle sobre os atos da Administração Pública como um todo, haja vista que o controle dos seus atos trata-se de fato inerente ao próprio conceito do Direito Administrativo, compreendendo assim de que forma esse controle dos atos administrativos podem ser exercidos pelos demais poderes.

Diante disso, inicialmente, cumpre destacar que podemos conceituar o controle da Administração Pública como a atividade decorrente da constituição do Estado Democrático de Direito, que através da tripartição de poderes se utiliza do mecanismo de freios e contrapesos para exercer a atividade de controle recíproco entre os poderes, ou seja, no âmbito do exercício das próprias competências, cada um dos poderes acaba exercendo sobre os demais uma espécie de atividade

fiscalizatória indireta, garantindo a coesão do sistema Democrático. Por isso, importante destacar que para Alexandre Santos de Aragão, podemos conceituar o controle da Administração Pública como:

[...] toda a atividade estatal, exercida de ofício ou por provocação, interna à própria Administração Pública ou a ela externa, de aferição e correção da juridicidade e da legitimidade dos comportamentos administrativos, sejam eles comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos⁴⁰.

Nestes termos, cumpre salientar que os próprios atos de controle, também são considerados atos estatais, razão pela qual também estão sujeitos a igual fiscalização, motivo pelo qual devem observar determinados requisitos, para que a própria atividade de controle não recaia sob o manto da arbitrariedade, podendo-se destacar como principais elementos de segurança: a) a regra de que o controle somente incidirá sobre a legalidade / juridicidade do ato ou atividade administrativa; b) observância das competências constitucionais ou infraconstitucionais para o exercício do controle; c) e a necessária ponderação acerca dos impactos da anulação de eventuais atos ilegais e a segurança dos direitos adquiridos pelos cidadãos. Além disso, antes de analisar o controle dos atos exercidos pelo poder judicial, mister o estudo das demais formas de controle da Administração Pública, razão pela qual passa-se a fazer o recorte necessário.

Diante disso, inicialmente, pertinente o destaque de que os controles exercidos pela própria Administração Pública podem ser analisados sob dois aspectos, sendo eles através do: i. controle de legalidade; ii. ou do controle de mérito; consagrando desta forma o princípio da autotutela que inclusive, fora insculpido na súmula n.473 do STF, garantindo a pacificação jurisprudencial acerca do poder da Administração Pública de revisar os próprios atos. De mais a mais, o controle dos atos da Administração podem ser realizados pela: a) própria Administração Pública; b) Poder Legislativo; c) Tribunais de contas e pelo Poder Judiciário. Desse modo, em que pese o presente estudo se dedicar a análise das formas de controle jurisdicionais do atos administrativos, se faz necessário ao menos o conhecimento das bases teóricas que norteiam os demais controles.

Neste particular, no que pertine ao controle exercido pela própria Administração Pública, valido salientar, que este se desenvolve sob a égide de

⁴⁰ Vide em ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense:2013. p. 605.

mecanismos específicos de controle interno, pautados sob os princípios do autocontrole, do controle hierárquico, do controle de gestão, bem como, da supervisão ministerial. Note-se, que todos estes princípios guardam intrínseca relação uns com os outros, razão pela qual pode-se entender como autocontrole o ato de revisão exercido pelo próprio agente público que emitiu o ato controlado, podendo para tanto se entender cabível “manter, revogar, anular, modificar parcialmente o ato, ou em caso de atividade material, tomar as medidas necessárias à reversão das suas consequências na realidade”⁴¹. Enquanto isso, o controle hierárquico e o controle de gestão se diferenciam em face a necessidade de análise pela autoridade hierárquica superior em casos que lhes são submetidos a apreciação em relação a primeira modalidade de controle, já em relação a esta última, desenvolvem-se formas de controle concomitante e permanente que são aplicadas ao longo de todo o processo de acompanhamento do ato administrativo. Por fim, a supervisão ministerial é aquela que embora não se trate de uma relação de subordinação, pode ser entendida pelo controle de um órgão sobre o outro visando a verificação da observância dos preceitos legais.

Ultrapassada a análise dos mecanismos aplicados pela própria Administração Pública, pertinente ainda, a análise dos mecanismos de controle utilizados pelo Poder Legislativo, em relação aos atos da Administração Pública, sendo materializados através da: a) apreciação de atos da administração; b) convocação de autoridades administrativas; c) requisição de informações; d) comissões parlamentares de inquérito; e) impeachment; f) controle de endividamento público; g) sustação de atos normativos. Dessa forma, embora a competência principal do Poder Legislativo seja para a edição de leis, este poder também tem a competência para exercer o controle de legalidade dos atos administrativos, por isso, através dos instrumentos citados anteriormente possui diversas possibilidades de exercício deste controle materializando a teoria dos freios e contrapesos.

Fato curioso e diretamente relacionado a temática da presente dissertação, consiste na flexibilização do controle de endividamento público, haja vista que com o surgimento da pandemia de COVID-19 uma das primeiras medidas adotadas pelo Poder Público fora determinar a isenção dos governantes de atingirem as metas fiscais discriminadas para os anos de 2020 e 2021. E isso se explica, pelo fato do

⁴¹ Vide em ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense:2013. p. 612.

controle exercido pelos Tribunais de Contas atuarem justamente neste ponto dos gastos públicos, razão pela qual apenas com a flexibilização da Lei de Responsabilidade Fiscal os governantes tiveram a possibilidade de investir em medidas de combate e prevenção ao COVID-19, ultrapassando os limites de gastos para aqueles anos sem que isso incidisse diretamente na responsabilização advinda da atividade exercida pelos Tribunais de Contas, que tiveram que exercer seu controle através de outras ferramentas que não fossem o estabelecimento dos referidos tetos de gastos. Desse modo, extremamente importante a aplicação das técnicas de controle de discricionariedades estudadas anteriormente, pois mesmo com a flexibilização das regras ordinárias de controle, ainda sim, existem parâmetros para o exercício da atividade fiscalizatória.

Nesse sentido, válido salientar, que assim como os Tribunais de Contas tiveram que explorar as técnicas de controle de discricionariedade, bem como, desenvolver novos mecanismos para o controle da validade desses gastos, o Poder Judiciário, teve que se desdobrar para conseguir lidar com os novos anseios advindos do cenário pandêmico, intensificando questões já conhecidas como a necessidade de garantia do direito universal a saúde, mas também, com questões referentes a adiantamentos de verbas públicas fruto de contratos emergenciais que se concretizaram através da flexibilização das regras de licitação e acabaram incidindo no inadimplemento da parte contratada. Neste ponto, inclusive, nos debruçaremos no próximo capítulo, analisando, inclusive, a possibilidade da adoção dos meios consensuais de conflito como forma de resolução de tais questões emblemáticas envolvendo os casos decorrentes de problemas contratuais no período pandêmico, tais quais, restaram materializadas no caso em análise.

Por isso, além das técnicas desenvolvidas no período para lidar com as novas questões surgidas com a pandemia, cumpre destacar os instrumentos processuais especiais à disposição na esfera jurisdicional, para que sejam exercidos o controle sobre os atos administrativos questionados, sendo eles: i. mandado de segurança individual ou coletivo; ii. Habeas data; iii. Ação popular; iv. Ação civil pública; v. ação de improbidade administrativa; v. ações de controle de constitucionalidade. Além destes, ainda havia a possibilidade de se valer de ações ordinárias com o intuito de impugnar a validade dos atos administrativos, ou até mesmo reverter os reflexos de eventual inadimplemento contratual no cenário pandêmico, que inclusive, fora um

dos meios utilizados no caso paradigma que será analisado mais adiante, razão pela qual se fez necessário nestes casos, a aplicação dos procedimentos comuns com a observância das prerrogativas processuais da fazenda pública em juízo.

Destarte, analisando-se a fundo os instrumentos processuais específicos a disposição para o controle dos atos da Administração Pública, o primeiro deles consiste no mandado de segurança que poderá ser impetrado na modalidade individual ou coletivo, e será utilizado sempre que um ato proferido pela Administração Pública, violar um direito líquido e certo dos cidadãos. Por isso, materializando-se os requisitos específicos do referido instrumento processual, poder-se-á utilizar o mandado de segurança sempre que uma autoridade coatora pôr em risco um direito líquido e certo do agredido, sendo estabelecido o prazo de 120 (cento e vinte) dias para que seja impetrado o referido remédio constitucional, que de forma impreterível deverá dispor de um vasto cabedal probatório que constitua a prova pré-constituída que possibilite ao juízo constatar a lesão ao direito alegado. De modo geral, não seria necessário o exaurimento da via administrativa para se chegar a possibilidade de ajuizamento de uma ação judicial, contudo, no caso específico do mandado de segurança, deve-se observar se existe ou não um recurso administrativo dotado de efeito suspensivo no caso concreto, razão pela qual em tal hipótese não seria cabível o referido *write*, pois a lesão ao direito líquido e certo não teria se concretizado.

De mais a mais, o mandado de segurança encontra-se previsto no art. 5º, LXIX da CF/88, e devidamente regulamentado pela Lei Federal nº 12.016/2009, que além de consolidar questões a respeito da modalidade individual do *mandamus*, também pacificou uma série de outras questões que até então apenas eram tratadas pela jurisprudência acerca da modalidade coletiva, trazendo, portanto, maior segurança para o cenário jurídico neste ponto⁴². Para além disso, cumpre ainda destacar que este remédio constitucional é utilizado para questionar atos administrativos concretos, em se considerando que não é cabível a sua utilização para questionar atos em abstratos, ou seja, em tese este instrumento processual não poderia ser utilizado contra leis ou regulamentações que não ocasionassem uma situação real de perigo do direito que seria lesado pela sua mera existência.

⁴² Vide em ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense:2013. p. 634.

Outro remédio constitucional importante no âmbito das medidas especiais contra atos da administração, trata-se do Habeas Data, que na realidade não se restringe apenas a impugnação de atos da administração pública, mas também serve para impugnar todos os atos que restrinjam o acesso dos jurisdicionados a informações próprias e que estejam contidas em banco de dados públicos ou privados, razão pela qual o polo passivo desta ação pode ser ainda mais abrangente que a anterior. Deste modo, cumpre salientar que este instrumento processual se encontra previsto no art. 5, LXXII da CF/88, sendo regulamentado infraconstitucionalmente pela Lei Federal nº 9.507/97, que de forma minuciosa detalha as hipóteses de cabimento da ação, com o intuito de proteger a esfera íntima dos indivíduos, podendo ser utilizado para corrigir: a) informações erradas; b) obtidas ilicitamente; c) que estejam sendo utilizadas em desacordo com a lei; d) ou até mesmo para informar a pendência de ação judicial sobre o tema.

Observa-se que os referidos instrumentos processuais cumprem uma função primordialmente individual, pois em regra tratam de situações que dizem respeito apenas ao indivíduo, quer seja na defesa de um direito líquido e certo, quer seja no acesso de informações sobre a própria pessoa que tenham sido negadas administrativamente. Por isso, não é demais lembrar que em que pese se tratem de ações especiais, as regras ordinárias a respeito do cumprimento dos requisitos da ação também se verificam aqui, se fazendo necessária a sua observância no caso concreto. Desta forma, apenas para título de destaque teórico, cumpre salientar que apesar de não ser consenso na doutrina, de forma majoritária a jurisprudência firmada pelos tribunais superiores entende que para que seja comprovado o interesse de agir, se faz necessária a existência de uma negativa de fornecimento ou retificação de dados na via administrativa, utilizando-se da via judicial apenas após a ausência de êxito na via administrativa.

Por conseguinte, no âmbito das medidas especiais, ainda estão previstos os seguintes instrumentos, que de forma diferente dos anteriores visam salvaguardar os direitos difusos e coletivos, razão pela qual possuem uma abrangência de atuação maior que aquelas indicadas anteriormente, sendo elas: a) ação popular; b) ação civil pública; d) e a ação de improbidade administrativa. No que pertine a ação popular, este instrumento se encontra previsto no art. 5º, LXXIII da CF/88, bem como, regulamentada pela Lei nº 4.717/65, podendo ser proposta por qualquer

cidadão que esteja em gozo dos seus direitos políticos, contra todo e quaisquer “atos que lesem o patrimônio do Estado ou de qualquer entidade da qual ele participe, assim como, independente do prejuízo financeiro ao Erário, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico”⁴³. Ou seja, trata-se de meio através do qual é garantido a todo o cidadão a participação através do ajuizamento de uma ação judicial na proteção dos direitos de toda a coletividade, marcado principalmente pela existência de um dano tangível a esses interesses.

Noutro giro, a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa guardam peculiar relação, sendo compatíveis em determinados pontos até mesmo pelo procedimento estipulado pela Lei nº 7.347/85, que fora responsável, inicialmente, pela regulamentação do procedimento da ação civil pública, expandindo, inclusive, o rol de legitimados para propô-la, e sucessivamente sendo aplicado de forma subsidiária no que couber ao procedimento da ação de improbidade administrativa. Por isso, para fins de aprofundamento teórico cumpre destacar que a ação civil pública cuida dos interesses difusos e coletivos de toda a sociedade, podendo ser proposta tanto contra atos da própria administração pública, como também contra ato de particulares, sendo possível ainda a adoção de medidas conciliatórias como o Termo de Ajustamento de Conduta que visa sanar um problema estrutural em dada realidade. Enquanto isso, a ação de improbidade administrativa, não visa a conciliação, mas sim a persecução dos agentes públicos que tenham causado danos a administração pública, através da utilização indevida da máquina pública, causando danos ao erário que necessitam de mais do que a mera restituição para que sejam sanados, se fazendo necessária a imposição de sanções ao infrator que demonstrem não só a ele, mas a toda a coletividade a imprescindibilidade da observância do cabedal principiológico que norteia o agir público, razão pela qual após o seu ajuizamento torna público o ato investigado.

Inclusive, fazendo um contraponto com o caso paradigma, cumpre salientar que o Ministério Público do Estado do Pará no uso das suas atribuições investigativas, realizou uma série de procedimentos investigatórios sobre o caso do contrato dos respiradores inadequados, realizando em novembro de 2020 o ajuizamento de uma ação civil de improbidade administrativa, tombada sob o nº 0866555-71.2020.8.14.0301, em face de 10 (dez) acusados, buscando a

⁴³ ARAGÃO, A. S. de. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense:2013. p. 639.

responsabilização de agentes do mais alto escalão do poder executivo estadual, como também de servidores públicos responsáveis por ações e omissões que contribuíram para a realização do contrato e o consequente adiantamento do pagamento de mais de vinte e cinco milhões de reais, bem como, dos próprios particulares envolvidos na transação. Não obstante, em face a ausência da triangularização da relação processual, ou até mesmo do exercício do contraditório nos referidos autos, ainda não há uma manifestação judicial a respeito da existência ou inexistência de responsabilidade dos indivíduos acusados.

Destarte, compreendendo-se as questões envoltas nas medidas especiais de controle dos atos administrativos, compreende-se que são diversas as formas do exercício do controle sobre a administração pública. Logo, mesmo diante de um cenário de crise como aquela evidenciada pela pandemia de COVID-19, com a flexibilização de diversas normas garantidoras da devida fiscalização, ainda sim, pode-se constatar que existem diversas estruturas e técnicas de controle que podem ser utilizadas diante do caso concreto. E são justamente essas técnicas e estruturas de controle que serão confrontadas diante do caso concreto. Ademais, conforme pontuado quando do estudo das ações especiais, com ênfase para a ação de improbidade administrativa, tal ação necessita de toda uma análise documental, que em regra é produzida na fase administrativa dos processos internos promovidos pela própria administração pública e que em regra até o julgamento final são garantidos o sigilo por uma questão de respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, razão pela qual para fins do presente estudo, dificulta demasiadamente a colheita de dados diante do caso concreto analisado.

3.3 A resolução consensual de conflitos e a dinâmica de redução e controle da discricionariedade do agente público durante a pandemia

A pandemia de COVID-19 estabeleceu uma nova ordem no cenário socioeconômico global, impondo a todos os países a obrigação de desenvolver ferramentas de combate e prevenção ao coronavírus. Contudo, diante de tais situações peculiares, a ocorrência de conflitos e embaraços no cumprimento dos contratos se trata de fato incontestável, razão pela qual se mostra pertinente explorar os meios de solução de conflitos a disposição da Administração Pública.

Desse modo, válido salientar que para a presente dissertação, analisar a importância dos meios consensuais de solução de conflito, trata-se de requisito para adentrar nos liames do caso concreto, no qual, inclusive, fora amplamente explorado tais formas consensuais de solução de conflito como modo de minimizar as consequências advindas do pagamento antecipado dos respiradores obsoletos. .

Note-se que a análise pretendida, dialogará diretamente com as diretrizes propedêuticas estabelecidas até aqui, isso porque, mesmo com a expansão do poder discricionário no período da pandemia de COVID-19, tal dilatação não eximiu os agentes públicos das responsabilidades com a gestão das verbas públicas, devendo viabilizar meios de minimizar os danos causados por eventuais problemas nos contratos firmados no período, podendo até mesmo utilizar-se dos meios alternativos de solução de conflitos, que em síntese consistem em métodos heterocompositivos e autocompositivos que podem ser utilizados em conjunto ou independentemente da jurisdição estatal. Isso porque, com a finalidade de alcançar uma maior satisfação do direito das partes em litígio, foram desenvolvidos uma série de mecanismos que atuam paralelamente ao Poder Judiciário, proporcionando as partes uma resolução mais célere, e muitas das vezes, mais eficaz que a tutela jurisdicional.

Nestes termos, antes de adentrar as características dos meios alternativos, se faz necessário percorrer os caminhos da jurisdição, analisando a sua definição e o seu papel como meio oficial de resolução de conflitos. Dessa forma, cumpre destacar que a jurisdição, conforme conceitua a melhor doutrina, consiste na “atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social”⁴⁴. Assim, compreende-se que a jurisdição é o resultado da atuação do Estado julgador, para a aplicação do direito a realidade social.

Assim, em virtude do próprio conceito de jurisdição, pode-se definir que os meios alternativos atuam como equivalentes jurisdicionais, haja vista que as partes atribuem a si ou a um terceiro de sua escolha, o poder para resolver o conflito apresentado. Ou seja, em se considerando que ambas as partes que se julgam titulares de direitos divergentes têm o poder sobre tais direitos, de comum acordo, as mesmas partes também têm o poder para transigir sobre aqueles direitos, surgindo

⁴⁴ NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Direito processual civil** – volume único. 9. Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. p. 55.

daí a lógica dos métodos autocompositivos e heterocompositivos de solução extrajudicial do conflito. Por isso, em virtude dos benefícios constatados pela utilização desses equivalentes jurisdicionais, e em se considerando todos os entraves que imputam ao Poder Judiciário uma maior morosidade na resolução das demandas, há uma abertura para que os jurisdicionados possam se valer dos meios extrajudiciais para a solução de suas demandas, desde que os direitos em litígio comportem disposição. Tal fato é importante, pois aqueles direitos que são considerados como indisponíveis, tais como, a vida, a integridade física, os bens públicos, dentre tantos outros, não autorizam renúncia, não sendo possível submeter esses direitos ao alvito dos métodos alternativos de resolução de conflitos.

Note-se, portanto, que sendo a Administração Pública submetida aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, apenas poderá haver a resolução dos conflitos de forma extrajudicial, quando for constatada a presença dos seguintes requisitos: a) lei anterior que autorize aquele ente público a firmar acordos extrajudiciais; b) critérios objetivos previamente definidos para a realização desses acordos; c) objetivos lícitos e morais, sendo vedada a utilização dos meios alternativos para atingir finalidades espúrias; d) divulgação acerca do acordo firmado, permitindo o controle externo sobre a legalidade do ato; e) economicidade para a Administração Pública. Sendo assim, com o intuito de avaliar como a utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos pode ter contribuído para a resolução de demandas na esfera pública diretamente ligadas a COVID-19, fora realizada pesquisa bibliográfica, com a análise de artigos científicos e matérias jornalísticas relacionadas ao caso.

Nestes termos, válido destacar, que o regime jurídico da Administração Pública consiste no “conjunto harmônico de princípios que definem a lógica da atuação do ente público, a qual se baseia na existência de limitações e prerrogativas em face do interesse público”⁴⁵. Ou seja, a regulação do sistema normativo das entidades públicas, deve observar de forma obrigatória o conjunto de diretrizes principiológicas que impõe a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. De outro modo, significa dizer que, em tese o conjunto de princípios que norteiam o ordenamento jurídico, impedem ou dificultam a disposição dos interesses da Administração Pública. Entrementes, se faz necessário que haja uma

⁴⁵ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 5. Ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 59.

interpretação sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, analisando as normas do direito administrativo através do prisma constitucional, no qual há a permissão para que seja realizada a autocomposição no âmbito administrativo desde que observados alguns requisitos. Desse modo, para que a Administração Pública possa adotar algum dos métodos alternativos de solução de conflitos, imprescindível que sejam materializados os principais princípios que orientam a sua atuação, sendo eles: i. legalidade – impõe a vinculação ao que dispõe a lei; ii. impessoalidade – impede que sejam adotados critérios subjetivos para beneficiar ou prejudicar os administrados; iii. moralidade – determina que seja adotada uma conduta ética e proba; iv. publicidade – necessidade de divulgação dos atos praticados no âmbito administrativo; v. eficiência – maiores resultados com menores custos.

Nestes termos, cumpre salientar que nas palavras de Janaina Sena Taleires, o princípio da indisponibilidade do interesse público encontra-se em processo de mitigação, tendo como principal marco a abertura a sistemática autocompositiva verificada no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, haja vista que a Lei nº 12.153/2009 que institui esse Sistema trouxe a possibilidade da utilização de meios alternativos de solução de conflitos pela Administração Pública dentro da própria esfera judicial:

A previsão em lei da possibilidade de conciliação, transação e desistência por parte da Fazenda Pública é de alcance salutar no que se refere a uma releitura do princípio da indisponibilidade do interesse público, revogando-o, ou ao menos, no âmbito dos Juizados Especiais, autorizando interpretação especializada em relação àquele princípio. Desta forma, verifica-se que a Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública busca consolidar uma nova opção teórico-valorativa do processo, ou seja, a relativização do princípio da indisponibilidade do interesse público diante da permissão genérica para a Fazenda Pública conciliar, transigir ou desistir em juízo por intermédio da Advocacia Pública. Por fim, ressalte-se que os Juizados Especiais foram criados com uma missão específica: ampliar o acesso a uma ordem jurídica justa, buscando-se eliminar o que se convencionou de litigiosidade contida, na medida em que permitiu o ajuizamento de ações perante tal rito procedimental facilitado ou desburocratizado⁴⁶.

Além das contribuições trazidas pela Lei que instituiu o Sistema de Juizados Especiais da Fazenda Pública, trazendo maior mobilidade para a Administração Pública aderir aos meios autocompositivos dentro da própria esfera judicial, válido

⁴⁶ TALEIRES, Janaina Sena. **A busca da tutela jurisdicional efetiva nos conflitos que envolvem a administração pública:** meios alternativos de resolução dos conflitos. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0f004440ba0c8f1c>. Acesso em: 03 jan. 2022.

destacar ainda o avanço representado pela Lei nº 13.140/2015. Tal legislação, fora responsável por regulamentar a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Nesse sentido, Debora Camila Borfe e Alexandra Gato Rodrigues destacam a previsão contida na Lei de mediação, acerca da necessidade de criação de Câmaras de Prevenção e Resolução administrativa dos conflitos como meio de efetivar a abertura da Administração Pública para os meios alternativos de solução de conflitos:

[...] Em seu Capítulo II, a Lei 13.140/2015, trata da mediação quando for parte pessoa jurídica de direito público, sendo possível desta forma, utilizar-se das técnicas de solução consensual de conflitos neste âmbito (Revista de Doutrina da 4ª Região). O artigo 323 da referida Lei dispõe sobre essa possibilidade de mediação, mencionando os casos em que é possível ocorrer, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, dirimindo conflitos, avaliando as controvérsias e promovendo o ajustamento de conduta. Segundo dispõe o art. 33 da Lei de Mediação/Conciliação: “Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos serão dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta lei”. Esta subseção trata das normas comuns da mediação/conciliação, ou seja, da judicial e da extrajudicial⁴⁷.

Note-se que em que pese as Câmaras de Prevenção e Resolução administrativa dos conflitos pareçam ser o ambiente mais adequado para a resolução dos conflitos envolvendo a Administração Pública a norma não limitou a eficácia da utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos a criação das referidas câmaras. Isso porque, há previsão legal expressa no sentido de que enquanto não forem criadas as respectivas câmaras a Administração Pública poderá transigir e mediar se valendo das disposições ordinárias do instituto. Sendo assim, indene de dúvidas que embora os princípios que orientam a Administração Pública sejam caracterizados pela indisponibilidade do interesse público, em face a mitigação derivada da interpretação sistêmica constitucional, desde que cumpridos determinados requisitos tais como a existência: a) de lei anterior que autorize o ente público a firmar acordos extrajudiciais; b) critérios objetivos previamente definidos para a realização desses acordos; c) objetivos lícitos e morais, sendo vedada a utilização dos meios alternativos para atingir finalidades espúrias; d) divulgação acerca do acordo firmado, permitindo o controle externo sobre a legalidade do ato;

⁴⁷ BORFE, Debora Camila. RODRIGUES, Alexandra Gato. A mediação como alternativa na resolução de conflitos decorrentes da administração pública. **V Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia**. V Mostra de Trabalhos Científicos. 2017.

e) economicidade para a Administração Pública; haverá a autorização legal para que o ente administrativo possa transacionar.

Compreendendo o Regime Jurídico ao qual está subordinada a Administração Pública, se faz necessário analisar as três modalidades de resolução de conflitos que, mais frequentemente são utilizadas na esfera pública, sendo elas: a) mediação, b) conciliação; c) negociação. Desta forma, passa-se a abordar brevemente cada uma delas, discriminando suas características, e essencialmente, apontando as principais dificuldades encontradas para a materialização desses métodos alternativos na realidade. Inicialmente, cumpre destacar que a mediação conforme já comentado em linhas anteriores teve como principal marco a criação da Lei nº 13.140/2015, estabelecendo regras e critérios para a sua utilização tanto no âmbito privado como para os entes da Administração Pública. Deste modo, pode-se definir a mediação como o método alternativo de resolução de conflito através do qual o papel central do mediador é reestabelecer o vínculo comunicativo entre as partes, atribuindo a elas a responsabilidade por encontrar soluções para o litígio.

De outro lado, encontra-se a conciliação, com previsão expressa para aplicação aos entes da Administração Pública tanto na Lei que instituiu os Juizados Especiais Federais quanto aquela que instituiu os Juizados Especiais da Fazenda Pública, se diferenciando da mediação pelo fato de serem oferecidas alternativas para a resolução do conflito, não havendo tanta importância para o reestabelecimento da comunicação entre as partes, haja vista que após a resolução do conflito, em regra, não haverá uma relação continuada a ser preservada.

Por fim, a negociação é a medida alternativa verificada na realidade das instituições, através do qual com a observância de uma política interna voltada a resolução extrajudicial dos conflitos, os entes tentam resolver seus conflitos de forma administrativa, sem que haja a necessidade de levar à demanda para o poder judiciário. Válido salientar, que essa modalidade prescinde de regulamentação, pois pautada em mecanismos que possuem o diálogo e a senso de justiça como premissas basilares.

Nestes termos, ultrapassadas as definições iniciais dos métodos alternativos de resolução de conflitos, pertinente a reflexão acerca dos entraves verificados para a utilização desses métodos com maior eficácia no dia a dia dos entes públicos. Assim, ao realizar uma pesquisa empírica, de cunho qualitativo, no ano de 2014,

Thais Borzino Cordeiro Nunes chegou à conclusão acerca da existência de cinco obstáculos práticos para a implementação dos métodos alternativos, sendo eles: a) indisponibilidade do interesse público; b) a ausência de respaldo institucional; c) coragem para fazer acordos; d) vanguarda da chefia; e) cultura do litígio; com grande destaque para as ponderações realizadas acerca desse último item:

Por fim, o quinto obstáculo é a cultura do litígio, em que um dos entrevistados nos disse que conciliar dá mais trabalho do que litigar. Isto porque os procuradores entrevistados afirmaram que a cultura do litígio ainda está muito arraigada na administração pública, porque, para um procurador federal ou advogado da União é muito mais fácil e seguro litigar do que conciliar, seja por causa das normas restritivas já aqui mencionadas, seja por causa do medo, seja porque as matérias jurídicas normalmente se repetem e permitem a elaboração de peças padronizadas, fáceis de adaptar e que não exigem a análise minuciosa do caso. Para os juízes, a conciliação também foge do “comum” e, por exemplo, a organização dos mutirões de conciliação exige um trabalho enorme de articulação com os entes públicos e de filtragem dos casos que são passíveis e dos que não são passíveis de conciliar, o que exige uma agenda de reuniões, articulações e trabalho que desestimula aqueles que estão acomodados, em sua “zona de conforto”⁴⁸.

Por conseguinte, da análise realizada pela pesquisadora, se mostra possível afirmar que três dos cinco entraves verificados estão diretamente relacionados a características dos operadores do direito, que formados com base em uma doutrina na qual a resolução consensual do conflito era vista como a última opção, ainda encontram dificuldades para a materialização desses métodos alternativos. O que demonstra que a operacionalização desse novo sistema, no qual os equivalentes jurisdicionais encontram-se em destaque, depende muito mais do adequado treinamento das partes envolvidas, do que de uma estrutura física para a sua realização. Ademais, mesmo em face a existência de legislações que regulamentem alguns dos métodos alternativos de resolução de conflitos, nada impede que os próprios entes da Administração Pública com base no seu poder regulamentar, instituem políticas internas dando preferências a outros meios consensuais. Em um cenário no qual o poder judiciário encontra-se em crise, a adoção de equivalentes jurisdicionais e outros meios consensuais de solução de conflitos tratam-se de medida que trazem mais benefícios que prejuízos ao erário público.

A pandemia de COVID-19, fora responsável pela paralisação de boa parte das atividades econômicas durante o período de maior intensidade, imputando a

⁴⁸ NUNES, Thais Borzino Cordeiro. A aplicação dos meios consensuais de solução de conflito em ações envolvendo a Fazenda Pública no âmbito da Justiça Administrativa. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XXII, n. 74, p. 46-55, jan./abr. 2018.

sociedade a obrigação de aderir aos meios de comunicação que possibilitassem a efetiva conexão entre os indivíduos em tempo real. Dessa forma, o próprio Poder Judiciário se viu obrigado a utilizar novos mecanismos para dar continuidade a prestação jurisdicional, realizando, inclusive, audiências iniciais, de conciliação e mediação, pelo meio virtual. Nesse sentido, encontram-se as afirmações de José Laurindo Souza Netto e Anderson Ricardo Fogaça ao destacarem que houve a necessidade de se desenvolver novas técnicas que viabilizassem o andamento das demandas, nos seguintes termos:

Várias formas de Resolução Alternativa de Litígios (ADR), incluindo mediação, podem ser conduzidas on-line, conjuntamente com os assuntos costumeiros da prática forense, antes tratados pessoalmente, agora podem ser resolvidos por e-mail, link de vídeo ou teleconferência.

Para garantir o acesso contínuo à justiça em meio ao isolamento social, se faz necessária a introdução dos modelos de tribunais remotos, audiências realizadas por meio do telefone, vídeo, por meio do Skype, Zoom e WhatsApp, por exemplo, e em papel, por intermédio da submissão de artigos, dentre outras diversas técnicas que podem ser desenvolvidas⁴⁹.

No entendimento dos autores, a introdução de mecanismos para o atendimento virtual dos jurisdicionados, representa a inovação no âmbito judicial, podendo agregar não só como uma solução temporária, como também como um modo de atualização dos instrumentos de acesso à justiça. Em uma sociedade na qual os indivíduos têm suas atividades cada vez mais voltadas para o âmbito digital, a inserção de novos instrumentos que possibilitem o acesso telepresencial a Justiça, consiste em verdadeira medida progressista. No mesmo sentido, encontram-se as ponderações de Bianca Cristina Fernandes Duarte, ao afirmar que a adesão aos instrumentos virtuais durante a pandemia, desempenharam o papel de evitar o colapso da máquina jurisdicional, possibilitando que os indivíduos pudessem optar pela conciliação e mediação até mesmo na forma remota:

Devido aos benefícios já supracitados neste artigo, no dia 24 de Abril de 2020, houve uma alteração na Lei nº 9099/1995, para assim poder possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, isto é, de maneira remota, utilizando os meios eletrônicos como ponte para vincular as partes. Assim, quando contratos e acordos não podem ser cumpridos em consequência do panorama atual, o ideal é que as

⁴⁹ SOUZA NETTO, José Laurindo. FOGAÇA, Anderson Ricardo. Métodos consensuais de solução de conflitos no ambiente digital em tempos de pandemia. In: **Congresso Internacional De Direito E Inteligência Artificial**. Conpedi – Skema, 2020 Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/x2c7701f/2gddgklv/LeIKfY1O4YjeZDw1>. Acesso em: 29 dez. 2021.

partes consigam renegociar, sem a interferência de um terceiro. Entretanto, se estas não conseguirem chegar a um consenso sozinhas, haverá duas alternativas: ação judicial ou conciliação e mediação⁵⁰.

Ou seja, em face a simplicidade dos meios alternativos de resolução de conflitos, tais mecanismos se aperfeiçoaram a modalidade telepresencial, possibilitando, ao menos no âmbito dos Juizados Especiais, que as demandas continuassem em andamento, independentemente do isolamento social imposto. Desse modo, observa-se que além da necessidade de realização da audiência de conciliação para o efetivo contraditório, a manutenção dessas audiências pelo meio virtual representou a valorização que o próprio poder judiciário vem dedicando aos meios consensuais de resolução de conflitos. Válido salientar, inclusive que no caso paradigma objeto de estudo na presente dissertação, foram utilizados pelo Estado do Pará a adesão ao meio consensual de resolução de conflitos, tendo sido homologado o acordo firmado entre as partes envolvidas no contrato dos respiradores para que houvesse a devolução dos valores adiantados e a resolução do contrato sem maiores reflexos por parte do Estado.

Diante o exposto, cumpre salientar que conforme veremos mais adiante, por meio do Decreto n° 619/2020 o Estado do Pará também previu a possibilidade de implementação de medida alternativa para a resolução dos conflitos advindos dos contratos firmados para o combate e prevenção ao COVID-19, possibilitando a adoção ao sistema de arbitragem em tais casos. Ademais, não só na esfera judicial se observa a necessidade pela implementação dos meios consensuais de solução de conflitos, estando manifestamente engendrada nas atividades políticas voltadas ao combate e prevenção ao COVID-19. Exemplo disso, foram os diversos casos em que antes da federação tiveram que entrar em consenso para minimizar os efeitos catastróficos da pandemia, impondo incessantes atividades de negociação e mediação entre os governos, demonstrando, mais uma vez, a importância da abordagem das referidas modalidades para a presente dissertação.

⁵⁰ DUARTE, Bianca Cristina Fernandes. LASCIO, Marília Lizia Veloso Santana Di. Papel das formas consensuais de resolução de conflitos durante a pandemia do novo coronavírus (Covid-19). **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. Ano 05, Ed. 12, Vol. 15, p. 173-182. Dezembro de 2020. ISSN: 2448-0959. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/papel-das-formas>. Acesso em: 07 jan. 2022.

4 DISCRICIONARIEDADE E RESPONSABILIDADE: O CASO DA COMPRA DE RESPIRADORES OBSOLETOS INVESTIGADO PELA OPERAÇÃO “PARA BELLUM”

O capítulo final da presente dissertação de mestrado, será o responsável pelo confronto entre os conceitos propedêuticos e os aspectos inerentes ao caso concreto envolvendo a Operação Para Bellum: a) iniciando-se com a análise detalhada acerca da origem da operação, da terminologia e os dados disponíveis sobre a operação; b) prosseguindo com a análise das técnicas de atribuição da discricionariedade no caso concreto; c) e finalizando o capítulo com a análise das técnicas de controle de discricionariedade e responsabilização implementadas no caso concreto.

4.1 A origem da operação, da terminologia e os dados disponíveis sobre a operação “Para Bellum”

O objetivo original da presente dissertação era analisar as prestações de contas de um dos entes da federação para que fossem identificados os critérios utilizados para a aplicação dos recursos públicos durante a pandemia, bem como, examinar a forma que era exercido o controle acerca da discricionariedade da aplicação destes gastos com o combate e prevenção ao COVID-19. Entrementes, ao tentar realizar o recorte teórico e prático, tal pretensão se revelou inconcebível, razão pela qual fora reduzido o campo de pesquisa para a análise de um dos diversos casos de operações policiais envolvendo supostos desvios de recursos públicos utilizados no combate e prevenção ao COVID-19, verificando-se a partir dos dados coletados de que forma ocorreu a atribuição e o próprio controle da discricionariedade no caso concreto. Desse modo, a presente análise ocorrerá como forma de materialização dos conceitos jurídicos estudados ao longo da dissertação, justificando, portanto, a sua análise no âmbito do presente mestrado profissional.

Nestes termos, conforme informações extraídas do site da Comunicação Social da Polícia Federal no Estado do Pará, a operação *Para Bellum*, fora uma operação policial, inicialmente, deflagrada no Estado do Pará mas que buscava averiguar crimes contra o erário que necessitaram, inclusive, da mobilização de

forças policiais em outros entes da federação, tais como: Rio de Janeiro, Minas Gerais, São Paulo, Santa Catarina, Espírito Santo e Distrito Federal. Desta forma, partindo-se de uma análise semântica da própria terminologia da operação, o termo “*Para Bellum*” vem do latim, podendo ser traduzido como uma “preparação para guerra” simbolizando a guerra travada pela polícia federal contra os desvios cometidos na gerência das verbas públicas, razão pela qual percebe-se o caráter inquisitorial de tais investigações. Ademais, em face da natureza unilateral destas operações, nas quais não se mostra possível extrair declarações advindas do exercício de um contraditório pleno, foram buscadas diversas fontes que pudessem trazer uma dimensão mais ampla do caso concreto.

Destarte, cumpre salientar que o caso concreto analisado investigou a ocorrência de crimes contra a Administração Pública, que podem ser sintetizados em: a) a fraude à licitação, previsto na Lei nº 8.666/93; b) falsidade documental e ideológica; corrupção ativa e passiva; prevaricação, todos previstos no Código Penal; c) e lavagem de dinheiro, da Lei nº 9.613/98. Contudo, por se tratar de procedimento investigatório, não foram revelados em detalhes todos os elementos dessa investigação, tendo-se apenas o conhecimento acerca dos principais pontos e elementos que estiveram na frente dos holofotes durante a deflagração da referida operação. Por isso, de uma forma geral, com base nas fontes oficiais, pode-se afirmar que tal operação fora fundamentada pelos supostos desvios cometidos na compra de respiradores obsoletos que em grande parte não chegaram nem mesmo a serem entregues, ocasionando o pagamento antecipado de uma quantia de cerca de R\$ 25.200.000,00 (vinte e cinco milhões e duzentos mil reais), oriundos de verbas destinadas ao combate e prevenção ao COVID-19 que restaram inoportunamente aplicadas na compra de insumos que se mostraram inadequados para a sua finalidade precípua.

Note-se, portanto que a operação deflagrada fora na verdade a materialização de uma das formas de controle do exercício da discricionariedade durante o período pandêmico, visando analisar se de fato foram cumpridas todas as formalidades, e precauções orientados pelo conjunto de diretrizes que regem o ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, a partir da análise da situação-problema narrada poder-se-á analisar a aplicação das técnicas de atribuição e autoatribuição de discricionariedade, bem como, verificar se diante da utilização das técnicas de

controle anteriormente analisadas pode-se constatar a existência de margem para responsabilização dos agentes envolvidos em face a eventual descumprimentos das normas que regem a atuação da Administração Pública. Por isso, extremamente importante a coleta de dados de fontes que superem a mera especulação jornalística, trazendo para a presente dissertação o compromisso com a análise do caso concreto por um todo e não somente das declarações que apontam com quase certeza a ocorrência dos crimes investigados.

Nesta empreitada, após enveredar pelos meandros que envolvem o caso concreto, fora possível identificar três processos principais, sobre os quais nos debruçaremos a seguir. O primeiro processo relacionado ao caso sob análise, consiste no pontapé inicial que autorizou a deflagração da própria operação “*Para Bellum*”, cujo inteiro teor não se tem acesso pelo fato de se tratar de um processo criminal em tramitação no STJ, necessitando de credenciais específicas que não possibilitaram a sua completa análise. Assim, buscando-se informações a respeito do referido processo, localizou-se através de sites de notícias um documento oficial contendo o resumo das acusações que deflagraram a investigação. O documento através do qual tomou-se conhecimento a respeito do Pedido de Busca e Apreensão Criminal nº 28 – DF (2020/0117335) fora a Decisão Liminar concedida naqueles autos, e disponibilizada na rede mundial de internet. Na referida decisão, que possui um total de 24 (vinte e quatro) laudas, foram detalhados os fundamentos específicos do ajuizamento do pedido, enumerando os indícios da suposta irregularidade e sustentando a necessidade do deferimento da medida cautelar para possibilitar a apuração posterior dos crimes enumerados no referido pedido.

Por conseguinte, em linhas gerais a referida decisão informa que o Governador do Estado do Pará editou o Decreto nº 619/2020, cujo teor previa a possibilidade de pagamento antecipado nas contratações pactuadas no período da pandemia de COVID-19, e dois dias depois realizou o pagamento da quantia de R\$ 25.200.000,00 (vinte e cinco milhões e duzentos mil reais) para a empresa investigada sem a formalização do processo de dispensa de licitação, razão pela qual haveria indícios de fraude a licitação dentre outros crimes apontados no pedido de busca e apreensão. Desse modo, válido salientar que além dos fundamentos anteriormente citados, a decisão se pautou em elementos fornecidos através de uma delação premiada advinda do sócio da empresa investigada, que dentre outros

servidores públicos, denunciou um membro do MPU que teria ajudado a montar o processo de dispensa de licitação posterior ao pagamento, de modo que supostamente não levantaria suspeita dos órgão de controle e fiscalização.

De mais a mais, fato curioso e que também já fora pontuado na parte propedêutica da presente dissertação é que não só a autoridade máxima está sujeita a responsabilização, mas também todos os servidores públicos que de alguma forma tenham contribuído para a situação investigada. Na decisão proferida no referido pedido de busca e apreensão seguiu-se a mesma linha da decisão cautelar proferida pelo STF na análise da constitucionalidade da Medida Provisória nº 966, de 13.5.2020 que dispôs sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da COVID-19. Ora, em que pese na decisão cautelar do STF tenha sido trazido a possibilidade de responsabilização solidária dos agentes técnicos, quando os seus pareceres pudessem induzir o agente público decisor a erro, o STJ entendeu que além da indução, quando tais agentes técnicos se omitissem diante das irregularidades perpetradas por autoridade superior em processo de dispensa a licitação, também deveriam ser responsabilizados, pois não cumpriram com os ditames principiológicos que regem a Administração Pública, e, portanto, incidiram em omissão dolosa que causou danos ao erário. Por fim, com base na referida decisão verifica-se que além da determinação da busca e apreensão, a medida liminar deferiu a utilização prévia de instrumentos de responsabilização dos agentes investigados determinando o imediato bloqueio de suas contas e bens até o limite do dano ao erário verificado na realidade.

Por conseguinte, o segundo processo que está diretamente interligado ao caso concreto, trata-se de uma tutela antecipada e/ou cautelar em caráter antecedente em ação de resolução de contrato por inadimplemento c/c pedido de indenização tombada sob o nº 0831898-06.2020.8.14.0301, ajuizada pelo Estado do Pará contra a empresa SKN DO BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ELETROELETRÔNICOS LTDA. e seus sócios, cujo objetivo era rescindir o contrato anteriormente firmado e pleitear a devolução do adiantamento pago pelos respiradores defeituosos. Dessa forma, após longa tramitação processual, os autos em sede de primeiro grau contam com um total de 1.337 (um mil e trezentos e trinta e sete) laudas, já tendo sido, inclusive, realizado acordo extrajudicial entre as partes,

sendo homologado pelo douto juízo da causa, que analisando não só a situação posta pelas partes, mas também os reflexos da indisponibilidade das verbas relacionadas ao combate ao COVID-19, tentou de todas as formas viabilizar a execução do referido acordo. Contudo, em face a deflagração da Operação *Para Bellum*, o Ministério Público do Estado do Pará interviu no feito se opondo a sentença homologatória, razão pela qual fora interposto o respectivo Recurso de Apelação. Após remetidos os autos para o 2º grau, o recurso de apelação fora julgado, sendo este conhecido e no mérito desprovido. Opostos embargos de declaração, os mesmos não foram acolhidos, motivo pelo qual o Ministério Público interpôs Recurso Especial e posteriormente Agravo Interno em face de uma decisão monocrática referente a uma questão incidental, encontrando-se ambos os recursos pendentes de julgamento. Ademais, em que pese o esforço despendido pelo Ministério Público Estadual da análise dos autos, observa-se que o acórdão que julgou o recurso de apelação fora deveras assertivo em seu julgamento, pois tendo o Ministério Público legitimidade para pleitear de forma autônoma os danos morais coletivos, dispondo de uma série de instrumentos processuais para tanto, não há razão para continuar insistindo em uma ação ordinária que através do cumprimento total do acordo anteriormente firmado já extinguiu o seu objeto.

Nesta senda, a terceira ação que está diretamente relacionada com o objeto de estudo, consiste numa ação civil de improbidade administrativa, instrumento processual adequado para o pleito: do ressarcimento dos danos materiais indiretos ao erário, defesa dos direitos difusos e coletivos, e a consequente responsabilização dos supostos agentes públicos infratores. Desse modo, a ação civil pública de improbidade administrativa, com pedido de indenização por danos morais coletivos e medidas cautelares de afastamento do cargo público, indisponibilidade de bens, quebra de sigilo bancário e fiscal tombada sob o nº 0866555-71.2020.8.14.0301 ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Pará em face dos agentes públicos e particulares envolvidos no caso, tem por objetivo a responsabilização dos acusados, bem como, o ressarcimento do erário e da coletividade pelos danos morais sofridos. De mais a mais, o referido processo conta atualmente como 2.180 (duas mil e cento e oitenta) laudas contendo em seus anexos todos os procedimentos instaurados pelo MPPA para apurar os crimes apontados. Entrementes, em que pese tenha sido distribuída a ação em novembro de 2020, fora declinada a competência nos autos e

em seguida suscitado conflito negativo de competência que só veio a ser julgado no ano de 2023, razão pela qual ainda não houve sequer a triangularização da relação processual, e conseqüentemente a apresentação das respectivas defesas.

Diante o exposto, percebe-se que os três processos analisados, ao menos através dos documentos disponíveis na rede mundial de internet, possibilitaram a identificação de elementos importantes para compreender no caso concreto de que forma houve a atribuição e o controle da discricionariedade no período da pandemia de COVID-19. Por isso, passa-se a analisar mais a fundo as normas federais e estaduais que atribuíram maior margem de discricionariedade ao agente público, possibilitando, inclusive, o pagamento antecipado de vultuosas quantias decorrentes dos contratos firmados para o combate e prevenção ao COVID-19. Além disso, também serão analisados neste capítulo mais a fundo as normas federais e estaduais, bem como, as estruturas de fiscalização e controle estabelecidas na LINDB, dialogando diretamente com as formas de controle utilizadas pelo MPPA como forma de analisar de que modo esse controle fora exercido no caso concreto.

4.2 Análise das técnicas de atribuição da discricionariedade no caso concreto

Conforme analisado no capítulo 2.2. da presente dissertação, foram estudadas as seguintes técnicas de atribuição de discricionariedade: hipóteses de autoatribuição, atribuição expressa e dos poderes inerentes e implícitos e por fim a atribuição específica e das cláusulas gerais de competência. Desta forma, após a devida análise de cada uma das técnicas, se tornou possível identificá-las diante do caso concreto. Por isso, no presente subtópico faremos uma análise mais aprofundada do caso concreto com o objetivo de identificar quais foram as técnicas de atribuição de discricionariedades utilizadas pelos agentes públicos para a outorga dos atos que foram objeto de questionamento judicial.

Nestes termos, mais uma vez, cumpre salientar que a operação *Para Bellum* surgiu através da investigação desenvolvida pela Polícia Federal acerca de um instrumento contratual firmado pelo Estado do Pará com um particular, havendo a realização de pagamento antecipado e sem a observância das regras gerais de licitação. Além disso, também existiam questões relacionadas a inobservância do princípio da impessoalidade, havendo indícios da utilização da máquina pública para

o favorecimento de terceiros. Contudo, para a presente dissertação focaremos apenas na questão da atribuição da discricionariedade que autorizou o agente público durante o período da pandemia a realizar contratos dispensando a realização de licitações ou se utilizando de regimes diferenciados de contratação, e conseqüentemente realizando o pagamento antecipado de parte desses contratos, como ocorreu com o contrato dos respiradores no Estado do Pará.

Diante disso, antes mesmo de adentrar na sistemática de análises de técnicas de atribuição de discricionariedade, cumpre realizar uma digressão acerca do fundamento desta flexibilização, haja vista que conforme estabelecido pelo art. 22, §1º da LINDB, o julgador deverá ponderar as circunstâncias existentes no momento em que o agente proferiu o ato impugnado, analisando-se a partir daí a validade ou não do ato administrativo. Portanto, ao realizar essa contextualização, entre o cenário em que foram editadas essas normas de flexibilização e as necessidades exigidas do gestor público, tem-se que a flexibilização de normas era uma medida mais do que necessária, pois só assim seria possível a atuação mais célere da Administração Pública em relação as medidas emergenciais que precisavam ser implementadas. Desse modo, ao analisar o cenário envolto na flexibilização das normas tem-se a possibilidade do seu alargamento sem que isso gere a imediata responsabilização. Prova disso, é que pouco tempo depois da edição do Decreto Estadual nº 619/2020, o próprio governo federal editou a MP nº 961, sendo posteriormente convertida na Lei nº 14.065/2020 que garantia aos entes da federação o referido direito a flexibilização de normas acerca da dispensa da licitação e antecipação de pagamentos.

Ou seja, o primeiro ponto a destacar ao analisar o caso concreto é que a simples edição do Decreto nº 619/2020 não é capaz de pôr si só ser um indicativo de fraude a licitação, ou qualquer outro crime, pois diante do contexto da pandemia de COVID-19, tal flexibilização era aceitável e necessária, aplicando-se dessa forma a interpretação normativa decorrente das bases propedêuticas firmadas pela LINDB. De mais a mais, neste ponto, inclusive, identifica-se o exercício da técnica de autoatribuição de discricionariedade, haja vista que após identificada a necessidade de regulamentação de determinada situação, a própria Administração Pública através do seu poder regulamentar, editou os atos normativos necessários para o exercício pleno das suas contratações, surgindo a partir de tais decretos uma

margem legal para a atuação dos agentes públicos dentro dos novos limites estabelecidos pelas normas vigentes, que expandiram as possibilidades de escolhas legais, e por isso atribuíram a discricionariedade ao gestor público de utilizar a dispensa da licitação, ou o RDC, podendo, inclusive, realizar o pagamento antecipado nos casos em que fosse necessário para garantir a efetiva entrega dos objetos do contrato no contexto de escassez de insumos que caracterizou a pandemia de COVID-19. Dessa forma, com base nesse contexto, observa que tal previsão acabou sendo utilizado como verdadeira moeda de barganha para a garantia do fornecimento dos referidos insumos médicos, extremamente necessários para a garantia do direito a saúde e a vida da população.

Não obstante, válido salientar, que as técnicas de atribuição e de controle de discricionariedade sempre estão conexas, razão pela qual a mera edição da norma estadual não fora analisada isoladamente no caso concreto, sendo considerados para o exercício do controle e fiscalização da discricionariedade outros aspectos que, inclusive, serão analisados mais adiante. Por hora, por questões metodológicas, para exaurir a análise da atribuição da discricionariedade no caso concreto, se faz importante destacar especificamente as previsões contidas no âmbito estadual e federal, compreendendo as peculiaridades de cada caso, haja vista que a norma estadual fora editada de forma anterior a norma federal através do exercício de competência regulamentar concorrente. Por isso, para que a análise seja realizada de forma ampla, passa-se a ponderar sobre as previsões contidas no Decreto do Estado do Pará nº 619/2020 de 23.03.2020 e em seguida aquelas trazidas pela Medida Provisória nº 961, de 06.05.2020 posteriormente convertida na Lei Federal nº 14.065 de 30.09.2020.

No que pertine ao Decreto do Estado do Pará nº 619/2020 de 23.03.2020, o referido ato normativo conforme estabelecido pela própria ementa, dispõe sobre procedimentos para contratações emergenciais, doações, requisição administrativa e suprimento de fundos para enfrentamento, no âmbito do Estado do Pará, à pandemia do corona vírus COVID-19, e dá outras providências. De modo geral, trata-se do ato normativo que trouxe novos parâmetros no âmbito estadual para a adoção de medidas de combate e prevenção ao COVID-19, que de forma categórica além de representar a materialização da técnica de autoatribuição, também materializou a atribuição expressa da discricionariedade ao agente público,

possibilitando não só a aquisição de insumos para os hospitais que já faziam parte do sistema de saúde estadual, mas também possibilitando a instalação de hospitais de campanha que foram essenciais para lidar com o aumento substancial de casos de contaminação ocorrido no primeiro ano de pandemia.

De modo analítico, o Decreto Estadual em sua redação original tinha um total de 26 (vinte e seis) artigos e uma previsão bastante aberta para a realização de pagamentos antecipados em casos de contratos firmados durante o cenário pandêmico, sendo posteriormente alterado pelo Decreto Estadual nº 768, de 20.05.2020 por influência direta da edição da norma federal, reproduzindo *in totum* as suas previsões e alterando o texto do Decreto Estadual acerca das possibilidades de pagamento antecipado nos contratos firmados durante o período de calamidade pública e incluindo outro artigo para compatibilizar a urgência das referidas aquisições com um regime que já era previsto no ordenamento jurídico pátrio, utilizando-se, a partir de então o Regime Diferenciado de Compras – RDC, que já se encontrava regulamentado no âmbito estadual pelo Decreto Estadual nº 1.974, de 30.01.2018. Ademais, ainda numa análise geral da estrutura do referido decreto, dentro da sua divisão encontram-se destacadas a regulamentação: a) das doações; b) do suprimento de fundo; c) da contratação emergencial e simplificada; d) dos contratos de gestão com as organizações sociais; e) da requisição administrativa; f) e da resolução alternativa dos conflitos.

Nesta senda, analisaremos com mais afinco as previsões relativas a contratação emergencial e simplificada, bem como, a previsão de resolução alternativa dos conflitos, pois atribuem ao agente público uma margem de discricionariedade não só para o enfrentamento da crise sanitária, mas também dos problemas decorrentes das próprias medidas ostensivas implementadas. Por conseguinte, cumpre salientar que a redação original do artigo 15 do Decreto Estadual nº 619/2020, estabeleciam três hipóteses nas quais estariam autorizados o pagamento antecipado nas contratações emergenciais, sendo eles: I. a necessidade de investimentos de infraestrutura para implantação ou atendimento das demandas da saúde e assistência social; II. aquisição de insumos que estejam em falta no mercado; e III. Outras hipóteses previstas na lei. Numa análise teleológica do ato normativo em sua redação original, percebe-se uma grande deficiência de regulamentação, pois o que deveria ser uma ato regulamentador geral, assumiu a

forma de justificação prévia para determinadas situações, razão pela qual deu margem para a interpretação de desvio de finalidade do ato regulamentador. Note-se, que o decreto é um ato administrativo, proferido pela autoridade administrativa cuja finalidade deveria ser regulamentar situações gerais, trazendo diretrizes orientadoras para as mais diversas situações, contudo a redação original, parece direcionar a sua atribuição de poder ao agente público para situações específicas que aparentemente já estavam consolidadas e precisavam apenas da convalidação do ato regulamentador.

Nesse sentido, tem-se como assertiva a modificação da redação do artigo 15 trazida pelo Decreto Estadual n° 768, adotando a redação da norma federal, haja vista que através da nova redação fora priorizada a finalidade precípua do próprio ato regulamentar, sendo orientado que a antecipação do pagamento apenas deveria ser utilizada quando for condição indispensável para assegurar o bem e ou prestação de serviços, ou quando representem economia para o erário estadual. Ou seja, a partir da nova redação as hipóteses de cabimento passaram a ser mais gerais, sendo estabelecidos além disso, novos elementos que além de assegurar a incolumidade de tais verbas, também dialogam diretamente com as técnicas e os instrumentos de controle da discricionariedade, possibilitando tanto ao agente quando aos órgão de controle maior segurança acerca da validade daquele ato normativo editado. Deste modo, apenas fazendo uma correlação com o caso *Para Bellum*, o contrato firmado para a compra dos respiradores, fora firmado sob a égide da redação originária do Decreto Estadual n° 619, razão pela qual os comentários realizadas na presente dissertação já foram objeto de ponderações pelo órgão ministerial estadual, que em contraponto com outros elementos entendeu que naquele cenário estaria configurado o desvio de finalidade do ato normativo editado, sendo, portanto, objeto das impugnações realizadas em sede de ação civil de improbidade administrativa.

Por fim, mas não menos importante, cumpre ainda salientar que o Decreto Estadual n° 619, trouxe a previsão expressa da possibilidade de submissão de eventuais problemas decorrentes dos contratos firmados em virtude da pandemia de COVID-19 serem submetidos a modalidade de solução alternativa de conflito da Arbitragem, estabelecendo normas específicas, inclusive, sobre a própria comissão de Arbitragem, formada por um representante da Procuradoria Geral do Estado, um

representante da contratada, e um representante escolhido por ambas as partes. Diante disso, constata-se que apesar do acerto a respeito da previsão da possibilidade de solução alternativa de conflitos, o decreto poderia ter expandido os seus horizontes e trazido uma regulamentação mais contundente com a abertura da própria administração pública para esse equivalente jurisdicional. Note-se, portanto, que a previsão única e exclusiva de um meio de solução alternativo, acaba por engessar ainda mais a administração pública, fato este que poderia ter sido ponderado e refletido com a oportunidade de materialização de outros meios alternativos como a conciliação e a mediação, que inclusive, no caso objeto de estudo fora a solução adotada pelas partes investigadas para pôr fim a ação de rescisão contratual ajuizada pelo Estado do Pará, tendo sido rescindido o contrato impugnado através da devolução integral dos valores adiantados e a consequente devolução dos respiradores defeituosos, conforme termo de acordo que consta nos autos nº 0831898-06.2020.8.14.0301.

Diante disso, analisadas as principais previsões da norma regulamentar estadual, passa-se a analisar os termos da Medida Provisória nº 961, de 06.05.2020 que posteriormente fora convertida na Lei Federal nº 14.065 de 30.09.2020, passando de uma ato regulamentar editado unilateralmente pelo poder executivo para um ato editado pelo poder legislativo, transformando tal medida em uma Lei Federal cujo objetivo fora autorizar pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, adequando os limites de dispensa de licitação e ampliação do uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Deste modo, seguindo a mesma lógica da análise da norma estadual, importante destacar a estrutura de regulamentação da MP que posteriormente fora convertida em Lei Federal, sendo composta por 3 (três) artigos que tratam diretamente sobre os novos limites para dispensa de licitação e sobre as condições para o adiantamento dos pagamentos das contratações durante o período de pandemia, optando-se pela técnica de atribuição de poderes implícitos e decorrentes dos princípios gerais do direito, possibilitando uma maior mobilidade aos agentes públicos e estabelecendo como limitação dessa discricionariedade os princípios gerais do Direito. Deste modo, ao analisar a norma federal, compreende-se de onde vem o acerto do Decreto Estadual nº 768, que simplesmente reproduziu a norma

editada pelo governo federal, se adequando assim as normas editadas pelo ente federativo mais abrangente. Por isso, reitera-se aqui todas as pontuações realizadas na análise da norma estadual, haja vista, que na realidade tais ponderações sempre foram direcionadas a norma federal em se considerando a sua anterioridade a este último Decreto Estadual.

De mais a mais, percebe-se de um modo mais abrangente que o Governo Federal demorou um pouco para tomar a iniciativa das medidas para conter as consequências mais diversas geradas por uma pandemia, seja no campo das contratações públicas, ou na esfera trabalhista, assim como, na assistência a própria população, contudo após a adoção dessas medidas através de atos normativos regulamentares os demais entes federativos tiveram um parâmetro para convalidar os seus acertos normativos, ou retificar os seus equívocos, conforme demonstrado acima com o exemplo do Estado do Pará que retificou a sua forma de atribuição de discricionariedade observando as diretrizes advindas da hierarquia existente dentro da própria Administração Pública.

Sendo assim, ao analisar as técnicas de atribuição de discricionariedade diante do caso concreto, observa-se que até a edição do ato normativo federal o ente federativo estadual teve total liberdade para executar a autoatribuição de discricionariedade, editando ato regulamentar especificando situações que deram a entender tratar-se de convalidações de atos já materializados, o que ensejou, inclusive a investigação pela operação *Para Bellum*, questionando até mesmo a validade do ato regulamentar editado. Entrementes, após a edição do ato regulamentar pelo Poder Executivo Federal, sendo posteriormente convertido em lei, tais questionamentos a validade da norma editada perderam força em face a retificação das suas previsões para aquelas orientadas pelo Poder Legislativo Federal, estando ainda pendente o processamento dos instrumentos utilizados pelas autoridades de fiscalização para o exercício do controle da discricionariedade que serão mais aprofundados no subtópico a seguir.

4.3 Análise das técnicas de controle de discricionariedade e responsabilização implementadas no caso concreto

As técnicas de atribuição e controle de discricionariedade, apesar de analisadas na presente dissertação de forma separada, consistem em instrumentos que são materializados de forma conjunta. Não existe atribuição de discricionariedade que não esteja vinculada ao exercício do controle de sua validade, bem como, tal controle só é possível através da existência da própria discricionariedade estabelecida pela lei. Desse modo, ao se deparar com o caso concreto decorrente da Operação Para Bellum, foram identificadas a utilização de uma série de técnica e instrumentos de controle para cada ampliação do exercício da discricionariedade realizado pelos agentes públicos. Assim, passa-se a analisá-los diante do cenário narrado pela operação Para Bellum, de modo a identificar de que modo foram exercidos tais controles sobre os agentes investigados.

Nesta senda, ao longo da presente dissertação foram analisadas dentre outras, as seguintes técnicas de controle de discricionariedade: 1. o controle dos elementos vinculados do ato discricionário e, especificamente, o desvio de poder; 2. o controle dos motivos determinantes; 3. e o controle pelos princípios gerais do Direito. Note-se, que se tratam de técnicas de controle que podem ser utilizadas independente da sua previsão expressa pelo ato administrativo, pois se trata de mecanismo de controle baseado na coesão do Ordenamento Jurídico. Deste modo, mesmo quando o ato normativo estabelece a possibilidade de adiantamento do pagamento dos valores dos contratos firmados durante a pandemia de COVID-19 sem a indicação de nenhuma limitação expressa, como ocorreu com a redação original do artigo 15 do Decreto do Estado do Pará nº 619/2020, ainda sim, existem limitações que devem ser observadas, tais como a Lei Federal nº 8.666/93 ou até mesmo o Decreto Estadual nº 1.974/18 que regulamenta a aplicação do RDC no estado, razão pela qual mesmo diante da omissão inicial do agente regulamentador, haviam diretrizes normativas que poderiam ter auxiliado nas referidas contratações.

Diante disso, como forma de materializar os conceitos jurídicos e análises propedêuticas empreendidas ao longo da presente dissertação, cumpre analisar quais foram as técnicas de controle de discricionariedades identificadas na análise do caso concreto. Contudo, antes mesmo de iniciar tais análises, cumpre salientar

que tais ponderações não constituem juízo de valor, não sendo indicada a culpa ou a inocência dos agentes investigados, mas, tão somente, realizando a análise das técnicas e institutos estudados ao longo deste trabalho. Desta forma, a primeira técnica de controle de discricionariedade identificada diante da análise dos documentos dos processos judiciais fora a técnica do controle dos elementos vinculados do ato discricionário, haja vista que um dos fundamentos para a deflagração da operação fora a ausência dos requisitos procedimentais. Conforme estudado nos capítulos propedêuticos da presente dissertação, tal elemento, trata-se de requisito objetivo de validade do ato administrativo, que em síntese consiste no conjunto de “atos que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato”⁵¹. Ou seja, em que pese a urgência da contratação, tal ato deveria ter sido precedido de uma licitação, que poderia ter sido realizada até mesmo de forma sumária, de acordo com os regulamentos do RDC, mas deveriam ser realizados de forma pretérita a contratação e essencialmente ao adiantamento do pagamento.

Sucessivamente, ainda no que pertine a esta técnica do controle dos elementos vinculados do ato discricionário, podemos explorar a sua feição do controle do desvio de poder, em se considerando que conforme a investigação desenvolvida pelo MPPA, foram considerados outros fundamentos além daqueles publicamente declarados para a formalização do contrato. A partir do momento em que há indícios de que tanto o Decreto Estadual, quanto o próprio contrato teriam sido formulados para atingir finalidades diversas daquelas declaradas, nos deparamos com evidente desvio de finalidade sujeito ao controle em face ao desvio de poder. Tal feição desta técnica objetiva, consiste no meio através do qual são analisadas a finalidade do ato administrativo impugnado e contrapostas com os indícios de desvirtuamento identificados na realidade, razão pela qual numa mera atividade interpretativa ao analisar a redação original do artigo 15 do Decreto Estadual do Pará nº 619/2020, poder-se-ia identificar indícios de desvio de finalidade, haja vista que o ato regulamentar utilizado deveria prever hipóteses gerais e não específicas de aplicação.

De mais a mais, a partir da redação dada ao artigo 15 pelo Decreto Estadual nº 768/2020 que adotou na íntegra a redação utilizada pela Medida Provisória nº 961, de 06.05.2020 que posteriormente fora convertida na Lei Federal nº 14.065 de

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 412.

30.09.2020, tem-se a materialização da utilização da Técnica dos motivos determinantes, haja vista que a partir do momento que o artigo passa a prever que o adiantamento do pagamento apenas será realizado quando for identificado como critério indispensável para assegurar o insumo/prestação de serviço, ou quando representar economia para a Administração Pública, passa-se a ter elementos tangíveis através do qual pode ser exercido a atividade fiscalizatória. Desse modo, através desta técnica de controle, o poder judiciário, por exemplo, poderá realizar a verificação no caso concreto da ocorrência ou não dos fundamentos que justificaram a prolação do ato. Ou seja, será possível analisar, se o pagamento antecipado de fato era condição indispensável para assegurar o fornecimento dos insumos, ou até mesmo, verificar se de fato tal proposta constituía real economicidade para a Administração Pública, elementos estes que além de estarem previstos de forma expressa no ato regulamentar, também observam as normas estabelecidas pela LINDB de consideração dos elementos que levaram ao agente a adoção do ato administrativo no contexto que fora proferido.

Por fim, apenas por uma questão analítica de ponderar as questões relativas as alterações regulamentares sofridas pela norma estadual entre uma redação e outra, cumpre destacar, que ainda sim, torna-se possível o exercício da Técnica de controle através do confronto com os princípios gerais do direito que constituem a forma de interpretação integrativa através do qual, mesmo nas hipóteses em que os limites do poder discricionário não estejam expressamente definidos, atuam de forma a trazer coesão e limitação ao poder da Administração Pública. Nesse ponto, inclusive, de forma expressa os artigos 29 e 30 da LINDB trazem de forma expressa a necessidade de observância de procedimentos que visem efetivar tais princípios, com destaque para os princípios da segurança jurídica e a publicidade das normas. Ou seja, mesmo numa análise independente do teor da norma estadual editada, ainda tem-se a modalidade de controle através do qual pondera-se acerca da observância das diretrizes principiológicas que orientam o ordenamento jurídico e consagram uma atuação que preserve a incolumidade das verbas públicas.

Nestes termos, em que pese a norma infraconstitucional analisada anteriormente como base para aplicação das normas do Direito Administrativo imponha a necessidade de analisar o contexto em que o ato administrativo objurgado fora proferido, sendo analisado todos os elementos que levaram o agente

público a adoção de tais medidas, tal análise não pode ser utilizada como desculpa para desconsiderar as técnicas de controle da discricionariedade e devem ser devidamente ponderadas na análise da responsabilidade dos agentes públicos e particulares envolvidos no caso. Inclusive, outro ponto interessante, que trouxe para o cenário pandêmico mais uma previsão acerca da responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia de COVID-19 fora justamente a Medida Provisória nº 966, de 13.5.2020 que dispôs sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da COVID-19, ocasionando à época o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade, que motivaram até mesmo a contribuição do entendimento firmado pelo STF no campo da referida responsabilização. A insurgência contra tal medida provisória, se deu pelo fato de que por meio indireto o poder executivo tentou limitar o campo de atuação definido pela lei, mais especificamente os parâmetros estabelecidos pelos artigos. 37, §§ 4º, 5º e 6º da CF/88 e artigo 28 da LINDB, razão pela qual até mesmo o ato normativo editado para regulamentar o controle da discricionariedade, também passou pelo crivo das técnicas de controle de discricionariedade, sendo utilizado, inclusive, como instrumento de materialização desse controle, as ações diretas de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, após analisar a demanda posta a apreciação judicial, o STF, em sede de medida cautelar deu nova interpretação ao art. 2º da Medida Provisória nº 966/20, ressaltando que a responsabilização do agente deverá ser baseada numa análise multidimensional, haja vista que para pautar a sua decisão deveriam ser considerados outros elementos além do parecer técnico, tais como a observância: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas; (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, consagrando assim a interpretação integrada do ordenamento jurídico, pois só assim haveria o legítimo exercício da dinâmica de atribuição e controle de discricionariedade. De mais a mais, no que pertine a responsabilização dos agentes envolvidos, cumpre salientar que os artigos 27 e 28 da LINDB preveem os procedimentos para a responsabilização dos agentes, inclusive, através de penalidades patrimoniais para aqueles que causarem algum dano ao erário, razão pela qual independentemente das medidas editadas durante a pandemia acerca da responsabilização pela

malversação dos recursos públicos destinados ao combate e prevenção da COVID-19 já havia expressa previsão acerca dos instrumentos e medidas de responsabilização dos agentes no ordenamento jurídico pátrio.

Ainda neste ponto a respeito da responsabilização, os termos jurídicos indeterminados previstos na LINDB, possibilitam a realização do controle judicial com base na experiência, o que traz ao poder judiciário uma atuação ainda mais efêmera sobre tais situações, haja vista a importância da jurisprudência consolidada sobre o tema, em tais situações. Além disso, ao longo da análise dos materiais a respeito da referida operação, fora possível identificar também o exercício do autocontrole da Administração Pública, através da adoção de medidas aptas a retificar os atos administrativos já formalizados, a exemplo do Decreto Estadual nº 768/20 que além de retificar a previsão acerca do pagamento antecipado dos contratos firmados sob a égide do cenário pandêmico, também alinou-se ao quanto previsto pelo ato normativo regulamentar federal que posteriormente fora convertido na Lei Federal nº 14.065/20, espelhando o controle exercido pela própria Administração Pública revisando os seus atos.

Noutro giro, ao analisar os instrumentos de fiscalização utilizados, observa-se que através de uma atuação efêmera do MPPA, além de todos os instrumentos fiscalizatórios administrativos, ainda fora ajuizada a ação civil de improbidade administrativa em busca da responsabilização dos agentes investigados pelos supostos crimes contra a Administração Pública. Desta forma, apesar do acerto do instrumento processual escolhido para buscar a responsabilização dos investigados, por questões procedimentais, fora suscitado conflito negativo de competência que apenas veio a ser resolvido no ano de 2023, atrasando por demasiado o trâmite processual. Por isso, ainda não se tem uma dimensão mais ampla dos rumos que tal medida poderá tomar, em se considerando que nem mesmo fora efetuada a triangularização da relação processual e por conseguinte sequer foram apresentadas as defesas dos acusados. Por isso, a análise dos arquivos apenas permitiu o conhecimento das medidas adotadas para enveredar-se na atividade fiscalizatória, ainda sendo desconhecida as consequências que tal atividade fiscalizatória poderá incorporar diante do caso concreto.

Neste íterim, através da análise empreendida na presente dissertação fora possível entender com mais clareza a dinâmica existente entre as formas de

atribuição e controle da discricionariedade do agente público, bem como, identificar diante do caso concreto advindo da operação Para Bellum as consequências em face a inobservância dos princípios gerais do direito estipuladas pelo ordenamento jurídico, havendo a possibilidade do agente público responder pelo desvio de poder caso seja identificado na prática a existência de elementos que tenham subvertido a lógica dos atos administrativos proferidos. Deste modo, caso reste comprovado que tais medidas causaram prejuízo ao erário, bem como a própria sociedade, poderão os investigados responderem pelos prejuízos causados com o próprio patrimônio, nos termos da ação civil de improbidade administrativa já ajuizada pelo órgão ministerial. Ademais, as análises realizadas espelham o cenário processual existente até o momento, não sendo possível exercer qualquer juízo de valor acerca da existência ou não de responsabilidade dos investigados, sendo realizadas ponderações apenas sobre os elementos referentes a atribuição e controle do poder discricionário no caso concreto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação de mestrado teve por objetivo analisar o controle de discricionariedade do agente público no momento do combate e prevenção ao COVID-19, por meio de uma análise das técnicas de atribuição e controle de discricionariedade dos agentes públicos investigados na operação *Para Bellum* no Estado do Pará. Desse modo, por questões metodológicas, procedeu-se com a organização das análises partindo do campo conceitual básico a respeito das estruturas dos atos administrativos, teoria da discricionariedade, perpassando-se pelos conceitos fundamentais a respeito da atribuição e controle de discricionariedade, e finalizando com a análise do caso concreto decorrente da Operação *Para Bellum*.

Nesse sentido, o presente trabalho possibilitou a revisitação de conceitos fundamentais do Direito Administrativo, realizando a análise dos requisitos, elementos e classificações do ato administrativo, através do qual fora possível se chegar até a conceituação do ato administrativo como a manifestação jurídica realizada por agente público dotado de poder para a sua edição (competência), visando garantir um bem jurídico para a coletividade (finalidade pública), através da exteriorização prevista em lei ou ato regulamentar infralegal (forma), com ou sem a exposição dos fatos e fundamentos jurídicos que ensejaram a sua prolação (motivo), afetando diretamente a esfera jurídica dos jurisdicionados com a alteração do *status quo* (objeto).

Além disso, através de uma digressão histórica, foram analisados os fundamentos da atribuição da discricionariedade ao agente público, chegando-se até a classificação capitaneada por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández que consiste em três possibilidades de atribuição do poder discricionário, sendo elas as hipóteses de autoatribuição, atribuição expressa e dos poderes inerentes e implícitos e por fim a atribuição específica e das cláusulas gerais de competência. Da mesma forma, também a luz dos referidos doutrinadores, foram analisadas as técnicas de controle de discricionariedade, aprofundando-se nas hipóteses de controle dos elementos vinculados do ato discricionário e, especificamente, o desvio de poder, controle dos motivos determinantes e o controle pelos princípios gerais do Direito.

A análise dos fundamentos propedêuticos da presente dissertação, permite constatar a premissa de que toda atribuição de discricionariedade guarda em si uma correlata técnica de controle. E tal dinâmica se materializa através da interpretação integrativa do ordenamento jurídico pátrio com base em todas as normas e diretrizes principiológicas vigentes. Diante disso, compreender tais fundamentos enquadrados no contexto da pandemia de COVID-19, significa ter a ciência de que mesmo em situações excepcionais, existem estruturas normativas aptas a prestar o suporte necessário para a manutenção da ordem jurídica.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que no início deste trabalho o problema de pesquisa era compreender de que modo o aumento da discricionariedade do agente público no cenário da pandemia de COVID-19 poderia ser controlado, levantando-se hipóteses a respeito da necessidade ou desnecessidade da existência de regulações expressas editadas no período para o exercício do efetivo controle. Contudo, após todas as digressões, análises e revisões bibliográficas realizadas, fora possível entender que o controle da discricionariedade trata-se de medida diretamente relacionada a sua própria atribuição. Isso significa, que independente de regulamentações editadas no período, o próprio ordenamento jurídico atua como um limitador deste poder discricionário expandido.

A partir disso, fora possível até mesmo identificar os elementos responsáveis pela atribuição e controle de discricionariedade no caso concreto da operação *Para Bellum* realizando uma análise destes elementos, sem realizar o juízo de valor acerca da existência ou não da responsabilidade dos agentes investigados, haja vista que o estado atual dos processos instaurados não permite a adoção de qualquer conclusão a esse respeito. Dessa forma, mesmo em face a dificuldade de acessar as informações referentes a investigação do processo originário que corre em sigilo no STJ, através da colheita de dados em processos públicos relacionados ao caso, tornou-se tangível as considerações realizadas, pautadas na análise dos atos administrativos editados durante o período pandêmico e os relacionando com as normas fundamentais estipuladas na LINDB acerca da aplicação das normas do Direito Público em geral, trazendo previsões acerca da atribuição, controle e responsabilização pelo exercício da discricionariedade.

Sendo assim, a presente dissertação de mestrado alcançou os seus objetivos gerais e específicos, tendo respondido ao problema de pesquisa e logrado êxito em

analisar os conceitos fundamentais do Direito Administrativo sob o contexto da pandemia de COVID-19, bem como, identificando a forma como o controle da discricionariedade do agente público ocorreu neste cenário, analisando-se a fundo as técnicas de controle de discricionariedade e compreendendo que tanto a atribuição quanto o controle exercem uma atividade interpretativa mútua extraíndo-se de um a própria existência do outro.

REFERÊNCIAS

ABRASCO et al. **Plano nacional de enfrentamento à pandemia da COVID-19**. 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense:2013.

BORFE, Debora Camila. RODRIGUES, Alexsandra Gato. **A mediação como alternativa na resolução de conflitos decorrentes da administração pública**. V Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia. V Mostra de Trabalhos Científicos. 2017.

CAMMAROSANO, Márcio; HUMBERT, Georges Louis Hage. **Direito público: estudos e pareceres**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (Coord.); RODRIGUES, Ricardo Schneider (Coord.). **COVID-19 e Direito Administrativo: impactos da pandemia na Administração Pública**. Curitiba: Editora Juruá, 2020.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 5. Ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 59.

CARVALHOSA, Modesto (Coord.); KUYVEN, Fernando (Coord.). Impactos jurídicos e econômicos da COVID-19. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2020.

CASTANEDA GUERRERO, Diana Alexandra; MORA COMBITA, Gonzalo; CASTANEDA GUERRERO, Carolina. Regla fiscal, deuda privada y derechos em colombia: la recuperación después de la pandemia. **Rev.econ.inst.**, Bogotá, v. 23, n. 44, p. 213-231, June 2021. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-59962021000100213&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 maio. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

DUARTE, Bianca Cristina Fernandes. LASCIO, Marília Lizia Veloso Santana Di. Papel das formas consensuais de resolução de conflitos durante a pandemia do novo coronavírus (Covid-19). **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. Ano 05, Ed. 12, Vol. 15, p. 173-182. Dezembro de 2020. ISSN: 2448-0959. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/papel-das-formas>. Acesso em: 07 jan. 2022.

DWECK, Esther (Org.); ROSSI, Pedro (Org.); OLIVEIRA, Ana Luíza de (Org). **Economia pós-pandemia: desmontando os mitos da austeridade fiscal e construindo um novo paradigma econômico**. São Paulo: Autonomia Literária, 2020.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979. P. 145.

GÁRCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014.

HERMANN, Juliana Eduarda. FORMENTINI, Francieli. **A importância dos métodos alternativos de tratamento e resolução de conflitos frente à pandemia do COVID-19**. XXVI Jornada de Pesquisa. 2021.

LEAL FILPO, Klever Paulo. **Redescobrimos os métodos autocompositivos de solução de conflitos em tempos de COVID-19**. Rev. Augustus. ISSN: 1981-1896. Rio de Janeiro: v.25. n. 51. p. 183-197. jul./out. 2020.

LIMA, Luiz Henrique (Coord.); OLIVEIRA, Weder de (Coord.); CAMARGO, João Batista (Coord.). **Contas governamentais e responsabilidade fiscal: desafios para o controle externo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MEDAUAR, Odete. Comentário ao art. 20 da LINDB. Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada: Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Tradução . São Paulo: **Quartier Latin**, 2019. v. 2. p. 63-67. . Acesso em: 01 nov. 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Neto, João Francisco. **Responsabilidade fiscal e gasto público no contexto federativo**. 01/05/2010 272 f. Doutorado em Direito Instituição de Ensino Universidade de São Paulo, São Paulo Biblioteca Depositária: Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da USP

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Direito processual civil – volume único**. 9. Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. p. 55.

NUNES, Thais Borzino Cordeiro. A aplicação dos meios consensuais de solução de conflito em ações envolvendo a Fazenda Pública no âmbito da Justiça Administrativa. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XXII, n. 74, p. 46-55, jan./abr. 2018.

O'CALLAGHAN, Brian J.; DIDARALI, Zaha. **¿Está la recuperación económica de COVID-19 construyendo un futuro sostenible?** Estado de la situación en América Latina y el Caribe. Panamá, 2021.

OLIVEIRA, Júlio M. de. Responsabilidade dos agentes públicos por atos praticados para o enfrentamento da pandemia de COVID-19. In: SANTOS, Alethele de O. (Org.); LOPES, Luciana T. (Org.). **Competências e regras**. Coleção COVID-19. V.3. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2021. p.141

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Discricionariedade e apreciações técnicas da administração**. Revista de Direito Administrativo. 231 ed. Rio de Janeiro, 2003. p. 217-267.

PÉREZ, Mariela Alejandra Valdés. **La discrecionalidad administrativa y su Control Judicial en el Derecho Chileno, a la luz del Derecho Español**. un estudio de Derecho Comparado. Tesis Doctoral: Valencia, 2016.

RAMIREZ GARCIA, Abraham; JIMENEZ PRECIADO, Ana Lorena. **COVID-19 and Economics Forecasting on Advanced and Emerging Countries**. EconoQuantum, Zapopan, v. 18, n. 1, p. 21-43, jun. 2021. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-66222021000100021&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 23 maio. 2021.

RÊGO MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do (Coord); ROSENVALD, Nelson (Coord.); DENSA, Roberta (Coord.). **Coronavírus e Responsabilidade Civil: impactos contratuais e extracontratuais**. 2. Ed. São Paulo: Editora Foco: 2021.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SANTOS, Thadeu Borges Souza *et al.* Contingência hospitalar no enfrentamento da COVID-19 no Brasil: problemas e alternativas governamentais. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 4, p. 1407-1418, Apr. 2021. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232021000401407&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 maio. 2021.

SILVA, Lillian Oliveira Pereira da; NOGUEIRA, Joseli Maria Rocha A corrida pela vacina em tempos de pandemia: a necessidade da imunização contra a COVID-19. **Revista RBAC**. Ago. 2020. Disponível em: <http://www.rbac.org.br/artigos/a-corrída-pela-vacina-em-tempos-de-pandemia-a-necessidade-da-imunizacao-contra-a-covid-19/>. Acesso em: 02 jul. 2022.

SIQUEIRA, Rodrigo Panizza. **A política fiscal dos municípios como instrumento de controle e dominação pelo poder central**. 19/02/2016 247 f. Mestrado em DIREITO. Instituição de Ensino: Universidade De São Paulo, São Paulo Biblioteca Depositária: Biblioteca da Faculdade de Direito da USP.

SOUZA, Mariana Cristina da Cunha. **O Estado e o turismo no Brasil: análise das políticas públicas no contexto da pandemia da COVID-19**. Rev. Bras. Pesq. Tur.

São Paulo, v. 15, n. 1, 2137, Apr. 2021. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-61252021000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 maio. 2021.

SOUZA NETTO, José Laurindo. FOGAÇA, Anderson Ricardo. Métodos consensuais de solução de conflitos no ambiente digital em tempos de pandemia. In: **Congresso Internacional De Direito E Inteligência Artificial**. Conpedi – Skema, 2020

Disponível em:

<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/x2c7701f/2gddgklv/LeIKfY1O4YjeZDw1>.

Acesso em: 29 dez. 2021.

TALEIRES, Janaina Sena. **A busca da tutela jurisdicional efetiva nos conflitos que envolvem a administração pública**: meios alternativos de resolução dos conflitos. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0f004440ba0c8f1c>>. Acesso em: 03 jan. 2022.