

Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito  
Programa de Pós-graduação em Direito

CAMILA BINDILATTI CARLI DE MESQUITA

CONFORMIDADE ESTRUTURAL SISTÊMICA

Da resignificação dos Princípios da Administração Pública ao programa de  
*compliance* regulatório no setor público

Brasília

2021

CAMILA BINDILATTI CARLI DE MESQUITA

CONFORMIDADE ESTRUTURAL SISTÊMICA

Da ressignificação dos Princípios da Administração Pública ao programa  
de *compliance* regulatório no setor público

Trabalho de Conclusão de Mestrado apresentado ao  
Curso de Direito, linha 4(quatro) - Transformações  
na Ordem Social e Econômica e Regulação, da  
Universidade de Brasília, como requisito parcial à  
obtenção do grau de mestre.

ORIENTADOR: OTHON DE AZEVEDO LOPES

Brasília

2021

*“A Deus e à minha família querida,  
fonte de amor e sentido de tudo”.*

## **AGRADECIMENTOS**

Ao professor doutor orientador Othon de Azevedo Lopes que me acompanha há mais de 3 (três) anos e a quem agradeço pela disposição, preocupação, oportunidades, participação e orientação, mas especialmente pela tranquilidade ao conduzir discussões em temas árduos e complexos e pela confiança transmitida, que me permitiu o desenvolvimento seguro desse trabalho.

Ao professor doutor Márcio Iorio Aranha por toda a orientação, indicações bibliográficas, oportunidades e pela valorização e reconhecimento de todo o trabalho que tomei por bem desenvolver, quer nessa dissertação, quer em artigos científicos publicados durante os poucos últimos anos de convivência. Agradeço, profundamente, ao toque refinado sem o qual esse trabalho não seria, absolutamente, o mesmo.

Aos demais professores da Universidade de Brasília com os quais tive a oportunidade de aprender muito, como também discutir temas de mais alta relevância e sob as mais diversas perspectivas, sendo parte integrante dessa dissertação, com toda certeza.

Aos meus amigos e colegas cuja convivência diária enriqueceu debates e trouxe novas perspectivas, permitindo aberturas com as quais deixamos de ser os mesmos para fazer parte de algo muito maior.

Aos queridos funcionários da Faculdade de Direito da UNB que prontamente nos atendem e permitem que tudo flua da melhor maneira possível. Meu especial agradecimento à Euzilene, pelo seu interesse e competência.

*“Em nome de interesses pessoais, muitos abdicam do pensamento crítico, engolem abusos e sorriem para quem desprezam. Abdicar de pensar também é crime.”  
Hannah Arendt (1906-1975)*

## CONFORMIDADE ESTRUTURAL SISTÊMICA

Da ressignificação dos Princípios da Administração Pública ao programa de *compliance* regulatório no setor público

### RESUMO

A presente dissertação de mestrado busca demonstrar que os programas de *compliance* no setor público são mecanismos jurídicos regulatórios de intervenção sistêmica, que auxiliam significativamente na construção de uma *eticidade administrativa* e de uma *democracia administrativa*, por meio da *regulação contextual* que promovem, especialmente sob a perspectiva de um Direito modulatório.

A perspectiva modulatória do Direito é desenvolvida no presente trabalho a partir da Teoria dos Sistemas Sociais, o que nos permite reconhecer ao Direito atual uma nova função de *intervenção limitada e reflexiva* em outros sistemas sociais, modulando-os de forma indireta e contida para que busquem a conformidade, sem contudo comprometer-lhes a autonomia.

O Direito passa, então, a ter também a função de identificação do *ponto de intervenção sensitivo* em outros sistemas e a agir estrategicamente em prol de uma *regulação jurídica contextual* (TEUBNER, 2005, p. 38), que permitirá a construção de *mecanismos de imunização centrais sistêmicos* (TEUBNER, 1989, pp. 299-326), para o alcance da conformidade e da integração social.

Esses mecanismos não somente estimulam a integração social através da estabilização dos sistemas sociais, evitando sub-integrações e sobre-integrações nocivas a toda sociedade (NEVES, 2001), como também buscam o aumento da fruição equânime dos direitos humanos e fundamentais e a preservação/aprimoramento de uma ordem democrática com redução de vulnerabilidades.

Na perspectiva modulatória, o Direito utiliza-se de modelos estratégicos altamente seletivos para realização da sua função interventiva contida ou indireta. Os programas de *compliance* regulatório no setor público – o nosso

objeto de estudo - diante dessa nova função modulatória do Direito, passam a ser identificados como uma inovação normativa que pode auxiliar significativamente nessa jornada interventiva através da regulação, pois constituem, ao nosso ver, modelos estratégicos de intervenção jurídica em outros sistemas sociais.

Por essa razão, observando vetores fundamentais como os traçados no segundo capítulo a partir da ressignificação dos Princípios da Administração Pública, os programas de *compliance* regulatório no setor público podem contribuir, ao nosso ver, significativamente para o aprimoramento da ordem democrática através da construção de uma *eticidade* e de uma *democracia administrativas* a depender da sua modelagem ou da sua arquitetura jurídica<sup>1</sup>.

Palavras-chave: sistemas sociais, modulação jurídica, Princípios da Administração Pública, *compliance* regulatório, democracia administrativa.

---

<sup>1</sup>“O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001”.

## SYSTEMIC STRUCTURAL COMPLIANCE

From the reconstruction of the Public Administration Principles to the regulatory compliance program in the public sector

### ABSTRACT

The present study seeks to demonstrate that compliance programs in the public sector are regulatory legal mechanisms for systemic intervention. From the perspective of a modulatory Law, the programs assist in the construction of administrative ethics and administrative democracy by promoting a significant contextual regulation.

Based on the Theory of Social Systems, the modulatory perspective of Law is developed in the present work, which allows us to recognize a new function for Law – which is the limited and reflective intervention in other social systems. Law modulates them in an indirect and contained way so that seek conformity, without compromising their autonomy.

Then, the Law has the function of identifying the point of sensitive intervention in other systems and acting strategically in favor of a contextual legal regulation (TEUBNER, 2005, p. 38), which will allow the construction of central systemic immunization mechanisms (TEUBNER, 1989, pp. 299-326) to achieve conformity and social integration.

These mechanisms not only encourage social integration through the stabilization of social systems avoiding under-integration and over-integration harmful to the whole of society (NEVES, 2001), but also these mechanisms seek to increase the equal enjoyment of human and fundamental rights and the preservation/ improvement of a democratic order with reduction of vulnerabilities.

In the modulatory perspective, Law uses highly selective strategic models to carry out its contained or indirect interventionist function. Regulatory compliance programs in the public sector - our object of study - are now identified as a normative innovation that can really assist in this interventional journey through regulation. In our view, they consist in strategic models of legal intervention in other social systems.

By all means, these regulatory compliance programs can contribute to the improvement of the democratic order through the construction of an administrative ethics and an administrative democracy. However, it depends on its modeling or its legal architecture and the observation of fundamental vectors like the ones that come from the resignification of the Principles of Public Administration<sup>2</sup>.

Keywords: social systems, legal modulation, public administration principles, regulatory compliance, administrative democracy.

---

<sup>2</sup> “This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Finance Code 001.”



## SUMÁRIO

|  |            |
|--|------------|
| <b>1 INTRODUÇÃO.....</b>   | <b>11</b>  |
| <b>2 CONFORMIDADE SISTÊMICA: OS TRÊS MOMENTOS OU PERSPECTIVAS DO DIREITO.....</b>  | <b>18</b>  |
| 2.1 <i>O direito voltado a si. A perspectiva intrassistêmica. Autopoiese e Alopoiese</i> .....   | 20         |
| 2.2 <i>Um olhar além de si. A perspectiva intersistêmica do direito (sistema-ambiente). A abertura e a reflexividade.....</i>                  | 25         |
| 2.2.1 <i>A pertinência da reflexividade para o sistema jurídico .....</i>  | 31         |
| 2.3 <i>O direito e os demais sistemas sociais autônomos. A perspectiva modulatória. Irritação e intervenção. Os modelos estratégicos .....</i> | 35         |
| 2.3.1 <i>A procedimentalização do Direito na sua perspectiva modulatória .....</i>   | 39         |
| 2.3.2 <i>Modelos estratégicos .....</i>  | 43         |
| 2.4 <i>Conclusão – perspectivas e diretrizes e a conformidade estrutural sistêmica</i> .....   | 49         |
| <b>3 A RESSIGNIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>  | <b>55</b>  |
| 3.1 <i>O Princípio da Legalidade Administrativa.....</i>   | 60         |
| 3.2 <i>O Princípio da Impessoalidade.....</i>  | 70         |
| 3.2.1 <i>O que a Teoria Crítica de Axel Honneth (2003a) tem a ver com o Princípio da Impessoalidade.....</i>                                   | 73         |
| 3.3 <i>O Princípio da Moralidade Administrativa.....</i>   | 80         |
| 3.3.1 <i>Um pouco mais do “Liberalismo Hegeliano” de Axel Honneth .....</i>  | 88         |
| 3.4 <i>O Princípio da Publicidade.....</i>   | 94         |
| 3.5 <i>O Princípio da Eficiência.....</i>  | 102        |
| 3.5.1 <i>O conceito de equilíbrio na Teoria dos Jogos de John Forbes Nash (1951) e o Princípio da Eficiência Administrativa.....</i>           | 113        |
| 3.6 <i>Conclusão.....</i>  | 118        |
| <b>4 A CONFORMIDADE ESTRUTURAL SISTÊMICA E OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE PÚBLICA.....</b>  | <b>124</b> |
| 4.1 <i>Por que chegar aos programas de integridade pública? A origem, o conceito e a natureza dos programas .....</i>                          | 124        |
| 4.2 <i>Chegando ao programa de compliance no setor público. Regulação, compliance e programas de integridade (pública).....</i>                | 127        |
| 4.3 <i>A arquitetura jurídica dos programas de compliance no setor público e a sua efetividade. Do sucesso e do fracasso regulatório .....</i> | 131        |
| 4.3.1 <i>Compliance, enforcement e a construção da categoria do entendimento .....</i>   | 135        |

|   |            |
|---|------------|
| 4.3.2 A economia comportamental e a arquitetura de escolhas .....   | 139        |
| 4.3.3 A <i>multi-level governance</i> ou a governança de multiníveis .....  | 143        |
| 4.3.4 A quarta revolução industrial e o seu instrumental tecnológico. <i>Digital Manufacturing</i> ou <i>Manufatura Digital</i> e a eficiência <i>just-in-time</i> no ciberespaço ..... | 146        |
| 4.3.4.1 <i>Algumas tecnologias relevantes</i> .....   | 148        |
| 4.3.4.1.1 <i>IoT (Internet of Things) ou Internet das coisas</i> .....  | 148        |
| 4.3.4.1.2 <i>Cloud Computing</i> ou <i>computação em nuvem</i> .....  | 150        |
| 4.3.4.1.3 <i>Big Data Analytics</i> .....   | 151        |
| 4.3.4.1.4 <i>Cyber Physical Systems (CPS)</i> .....   | 153        |
| 4.3.4.1.4 <i>Machine-to-machine (M2M)</i> .....   | 154        |
| 4.3.4.1.5 <i>Blockchain</i> .....   | 155        |
| 4.3.4.1.6 <i>Inteligência Artificial (AI); Machine Learning; Deep learning</i> .....  | 159        |
| 4.3.4.7 Conclusão. A tecnologia por dentro dos programas de integridade pública: um opção regulatória instrumental. ....  | 162        |
| 4.4 <i>Das desconformidades estruturais sistêmicas. A captura sistêmica e o grande desafio regulatório para os programas: três questões de destaque ...</i>                             | 166        |
| 4.4.1 <i>Compliance Público-Privado e a obrigatoriedade do programa de integridade para contratar com o poder público no Brasil</i> .....   | 167        |
| 4.4.2 <i>Compliance Público Ordenatório e o assédio institucional no setor público</i> .....  | 182        |
| 4.4.3 <i>Compliance Público Político e o discurso da autossuficiência da regulação tecnológica</i> .....  | 187        |
| <b>5 CONCLUSÃO</b> .....  | <b>193</b> |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....  | <b>201</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

A *contextualização*. O Estado assimilou na atualidade uma *função conjuntural normativa* (LOPES, 2018) e possui, por sua vez, um papel predominante de administração das normas jurídicas derivadas de qualquer esfera de Poder, inclusive das *normas sociais* gestadas dentro do ambiente do setor a ser regulado (ARANHA, 2018, p. 437-452).

E assumiu um papel primordialmente regulador, inobstante mantenha as suas funções ordinatórias, historicamente consagradas, de administração do bem público.

É não apenas o intermediador entre as funções públicas e privadas, como também já assimilou um perfil gerencial em busca da maior eficiência da sua atuação no setor público, porém, em plena comunicação com o setor privado (BRESSER, 2017).

Além de possuir como pressuposto a descentralização administrativa, o aumento da autonomia (com redução de controles burocráticos), bem como a primazia do resultado eficiente no setor público (BRESSER, 2017), o Estado tem adotado, em alguns momentos, um papel também empreendedor (MAZZUCATO, 2014).

O setor público passa, então, a ser visto “*como algo mais do que uma versão “social” ineficiente do setor privado*”(MAZZUCATO, 2014, p. 29): o Estado poderia chegar a ser o principal investidor, um agente efetivamente ativo e empreendedor e, porque não, o criador de novos mercados e o seu líder, estimulando-os, especialmente, com o seu poder de compra.

Como parceiro do setor privado e não mais o seu adversário, o Estado, inobstante o seu papel regulador, pode, inclusive, passar a não apenas minimizar riscos para o setor privado, como também a assumi-los onde não o fariam, inovando e alcançando novas realidades até então não descobertas ou construídas. Em construção um arcabouço normativo que lhe permita exercer também essa função.

Se esse é o melhor caminho a se seguir, não sabemos, mas se trata de uma realidade perceptível na sociedade pós-moderna e que influencia, diretamente, o sistema jurídico. É que “a democracia representativa cede espaço para as técnicas de *accountability* e outras formas de governar condutas sem intervenção direta, construindo práticas de auditoria, contabilidade e outras formas de descentralização do poder”(LOPES, 2018, p. 150).

Porém, é bem verdade que, em havendo um novo critério de justificação, legitimação e inter-relacionamento das funções típicas e atípicas de Estado, flexibilizador, por vezes, da dicotomia público-privada, a busca da integração social demanda uma nova sistemática instrumental e estrutural, realmente.

É nessa realidade que nos encontramos inseridos e com ela que devemos lidar a ponto de não mais existir um meio de recuo, especialmente em razão da recente revolução tecnológica.

Diríamos, portanto, que o Estado é não somente regulador, como também, bem ou mal, empreendedor em determinadas circunstâncias. E que, em se tratando de Administração “as decisões dizem respeito tanto a princípios, direitos, limites legais (regras) e diretrizes políticas. É nessa confluência que reside o problema da justificação, legitimação e controle dos atos administrativos, especialmente os de regulação” (LOPES, 2018, p. 258).

Em verdade, o Estado Regulador, então, demanda um “renovado arsenal exegético, mais sofisticado e notadamente informado pela orientação da legitimidade, exigindo o emprego da ponderabilidade e uma permanente atenção da vinculação da ação administrativa ao resultado eficiente” (MOREIRA NETO, 2008).

Ocorre que, ao se buscar implementar essa nova hermenêutica e suas diretrizes jurídico-políticas e econômicas, depara-se, no Brasil ao menos, com obstáculos altamente relevantes e, por vezes, intransponíveis. Uma tremenda desigualdade de renda<sup>3</sup> assola o país e impacta, diretamente, nessa nova perspectiva de um Estado Regulador e, por vezes, empreendedor.

---

<sup>3</sup> “As comparações corroboram que o Brasil é um dos países com a maior concentração no topo, quicá o que apresenta a maior. Por aqui, o 1% mais rico recebe em torno de

Pedro H. G Ferreira de Souza, na sua obra “Uma História de Desigualdade”, em que analisa a concentração de renda entre os ricos no Brasil no período de 1926-2013, constatou que o amadurecimento da nossa democracia no período seguinte a 1988, ainda que tenha havido *a progressiva implementação de dispositivos constitucionais e expansão de gastos e serviços sociais* (SOUZA, 2018, p. 278), não foi capaz de gerar *quedas significativas da concentração no topo no período mais recente* (SOUZA, 2018, p. 279), estabelecendo-se *a democracia mais como uma transição negociada do que como ponto de inflexão* (SOUZA, 2018, pp. 234-235).

E com base em pesquisa empírica, ainda, concluiu o autor que a desigualdade social *“tem forte caráter inercial, por fatores estruturais e por ser em grande medida ditada por aspectos institucionais”*, que (...) *“expressam determinado padrão de relacionamento entre Estado e elites econômicas”* (SOUZA, 2018, p. 235)<sup>4</sup>.

Mas não é somente isso. O Estado Regulador depara-se, ainda, com um segundo fator não menos influente e por vezes devastador de uma ordem constitucional democrática - o chamado *“capitalismo” de laços*, expressão utilizada por Sérgio Lazzarini (2018).

Tratar-se-ia, segundo o autor, de uma espécie de capitalismo de Estado marcado por *“relações entre atores sociais para fins econômicos”*, consubstanciadas em contatos pessoais a fim de obter algum benefício particular, ou mero apoio, visando algo em troca no futuro próximo (LAZZARINI, 2018, p.5)<sup>5</sup>.

---

23% da renda total. Em outros países muito desiguais, esse percentual fica próximo a 20%, como nos Estados Unidos e na Colômbia. Nos países mais igualitários, ele não ultrapassa os 10%, como na França e no Japão” (SOUZA, 2018, p. 262).

<sup>4</sup> Tudo isso produz ao menos uma implicação preocupante para o Brasil: não há exemplo de país que tenha saído do nosso patamar de concentração no topo e conseguido, em condições democráticas normais, reduzi-la de forma progressiva e suave para níveis franceses ou alemães, sem rupturas ou sobressaltos. Na melhor das hipóteses, teremos de inventar algo aparentemente inédito caso esse seja um objetivo político desejado (SOUZA, 2018, p. 263).

<sup>5</sup> “Para alguns economistas, o capitalismo de laços é uma espécie de distorção de mercado, fazendo com que projetos ou decisões de investimento sejam influenciados

Em verdade, atualmente no Brasil, é possível identificar a existência de poderosos grupos de interesse monopolizadores, por vezes, do mercado, que extrairiam benefícios da sociedade e do Estado, sem, contudo, medir as consequências das restrições de concorrência para a sociedade e para empreendedorismo (novos mercados).

O problema agiganta-se quando pequenos poderosos grupos de interesse se apoderam de oportunidades, concentrando benefícios do governo, funcionando como verdadeiros filtros de políticas públicas prioritárias, com o intuito de manter-se na posição de controle e destaque. Ao buscar o favorecimento de seu grupo de interesse, muitas vezes podem se dissociar da ideia da maximização de utilidades de forma equânime, comprometendo a distribuição da renda no país de maneira indireta, ou, a depender da influência política desses grupos, de forma direta.

E agrava-se, ainda, o cenário quando, para manter privilégios de várias estirpes, sustentam-se através da desgovernança setorial, afastando-se de políticas de transparência, do estabelecimento de metas claras de desempenho, da implementação de procedimentos uniformizadores de atuação, de efetivas análises de risco de implementação ou não de determinada política pública. Acabam por impedir o controle interno, externo e social, cultuando a inércia como forma de garantia de privilégios.

É, portanto, diante dessa preocupante realidade, que surgem diversas inquietações e, entre elas, a de se haveria algo a ser feito pelo Direito e, se sim, qual seria o seu efetivo papel nesse contexto.

Assim como Dworkin (2018, p. 645), entendemos que a *dignidade é indivisível*, isso porque, em suas palavras “a justiça que imaginamos parte de

---

por contatos sociais e critérios políticos em vez de considerações mais isentas sobre o mérito econômico” (LAZZARINI, 2018, p. 5). Para outros, porém, “relações com o governo seriam uma forma de se proteger de um cenário incerto e desfavorável; sem tais relações, torna-se excessivamente custoso ou simplesmente impossível tentar fazer qualquer tipo de negócio” (LAZZARINI, 2018, p. 7).

uma proposição que parece inatacável: a de que o governo deve tratar as pessoas sujeitas ao seu domínio com igual consideração e respeito”.

Há, na atualidade, significativas dúvidas a respeito do resultado de *políticas industriais*, em que o governo, por meio de políticas de subsídios, incentivos e proteção estimularia determinado setor ou grupo. Assim como há as mais diferentes propostas no campo da *regulação social distributiva*<sup>6</sup>, que poderia ser vista como uma forma direta e ativa de intervenção do Estado na redistribuição de renda, por exemplo.

Temas que são evidentemente instigantes e caros, mas que não se revelam como a proposta desse trabalho.

A apresentação do cenário, até aqui, teve a intenção de demonstrar qual seria o “espectro” da presente dissertação. Diríamos, o que tem por traz do que tentaremos apresentar e desenvolver, a despeito dela se restringir a uma proposta de sistematização do *sistema jurídico* na sociedade atual.

A *proposta*. Seguindo a ideia de Gunther Teubner (1986, p. 305) de que a “regulatory law is a political mechanism of social guidance”, resolveu-se tentar desenvolver uma *sistematização estrutural da conformidade sistêmica da perspectiva da função do Direito na sociedade*, partindo de uma proposta de ressignificação dos Princípios Constitucionais da Administração Pública, constantes da carta magna, até os programas de integridade pública – a ponta do *iceberg*, diríamos assim.

No primeiro capítulo, a partir da Teoria dos Sistemas Sociais, apresentaremos a ideia de que o Direito deveria ser visto através de três perspectivas – *a intrassistêmica* (autopoiese e alopoiese), *a intersistêmica* (reflexividade, sistema-ambiente) e *a modulatória* (procedimentalização e modelos estratégicos), embora atuem de forma concomitante e dinâmica.

No segundo capítulo, através da ressignificação dos Princípios da Administração Pública, pretendemos dar um norte ou um direcionamento à

---

<sup>6</sup> “O desafio é reorientar os recursos para financiar as políticas sociais destinadas a financiar uma economia inclusiva e, também, financiar a reconversão dos processos de produção e de consumo que possibilite reverter a destruição do meio ambiente” (Dowbor, 2017, p. 36).

perspectiva modulatória do Direito, focados nessa visão ampliadora do que seria, atualmente, *o jurídico*.

Procuraremos, então, nesse segundo capítulo, ressignificar os *Princípios da Legalidade Administrativa, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência*, a fim de que, inseridos nesse cenário, possam realmente orientar a *função jurídica* não somente na perspectiva *intrassistêmica*, como também na *intersistêmica* e, especialmente, na *modulatória*.

A presente dissertação tem os olhos voltados, essencialmente, à função modulatória, uma vez que, ao nosso ver, um programa de *compliance* serve-se dessa terceira perspectiva do Direito, para se legitimar enquanto mecanismo de intervenção sistêmica.

No terceiro capítulo, trataremos da conformidade através dos programas de integridade, entendendo-os como uma espécie de materialização das diretrizes e ressignificações ocorridas, dando especial atenção *aos programas de integridade pública*, porque mais próximos, por assim dizer, das políticas públicas.

Promovendo um recorte jurídico, pretendemos demonstrar que, no nosso entender, os programas de integridade pública seriam *mecanismos jurídicos regulatórios de integração social sistêmica*, dentro do campo da *inovação social normativa* e, com isso, classificá-los como uma espécie de *modelo estratégico* altamente seletivo, influenciadores da conformidade sistêmica, especialmente enquanto mecanismos de interferência em outros sistemas sociais.

Na nossa visão, essa influência é graduada a depender, inclusive, do alcance da *arquitetura jurídica dos programas de integridade pública*. Os programas seriam, no nosso entender, o início de uma entrada, que nos permitiria uma maior abertura para lidarmos com o problema da governança, especialmente a pública e com a construção de uma democracia administrativa através da regulação.

O conceito de conformidade estrutural sistêmica, sob a perspectiva jurídica, portanto, será desenvolvido ao longo da dissertação por meio de parâmetros/diretrizes.



Porém, já adiantando, filiados ao entendimento de Ladislau Dowbor (2017, p.21-25), na obra intitulada “A era do capital improdutivo”, acreditamos que:

“é o próprio conceito de governança corporativa que precisa ser repensado. As regras do jogo precisam mudar. Não se sustenta mais a crença de que se cada um buscar as suas vantagens individuais o resultado será o melhor possível. Não há como escapar de resgatar a governança do sistema” (grifo nosso).

## 2 CONFORMIDADE SISTÊMICA: OS TRÊS MOMENTOS OU PERSPECTIVAS DO DIREITO

A presente dissertação, necessariamente e de forma recorrente, percorrerá conteúdos e diretrizes que perpassarão pelo Direito, pelo Estado, pela Administração Pública, pelo conceito de políticas públicas, tratando muitas vezes do direito de forma ampla, outras vezes do direito regulatório ou somente da regulação.

Adotamos a perspectiva de que o mesmo Estado que se apresenta como Democrático de Direito, também é Estado Regulador, o que nos traz uma série de implicações que pretendem ser abordadas durante o desenrolar do presente trabalho.

Haverá, no decorrer, especialmente, desse capítulo, uma constante transposição e retorno de uma categoria a outra, o que ocorrerá algumas vezes no mesmo capítulo, outras vezes em um subcapítulo ou mesmo em um só argumento.

Essa forma de tratar de diferentes categorias em um mesmo contexto pode tornar mais densa, a princípio, a compreensão em alguns momentos. Exigirá uma maior atenção para a categoria de que se está tratando em pontos estratégicos da elaboração do raciocínio.

Não há dúvidas de que seria até possível fixar as categorias de forma isolada, explorando-as, como por exemplo, *o Direito na atualidade*, *a Administração Pública Gerencial*, *o Estado Regulador*, *a crise da regulação*, *a reflexividade construtiva* e tratar do Direito dentro delas.

Faremos, porém, de outra forma, avançaremos um pouco para partir do inter-relacionamento entre as categorias com as quais nos dispusemos a trabalhar. Conceitos que não forem intuídos, serão recortados e estabelecidos de forma administrável dentro da presente dissertação, a fim de torná-la mais objetiva e conclusiva.

O nosso objetivo é abordar, sob a perspectiva jurídica, a questão referente à conformidade estrutural sistêmica, desde a resignificação dos Princípios da

Administração Pública até os programas de integridade pública que seriam, no final das contas, a ponta do *iceberg*, ou seja, uma espécie de materialização do que se está tratando.

Para isso, incrementaremos, por assim dizer, o que já existe ao nosso alcance e seja-nos pertinente com a criação do que for necessário, em princípio, com o olhar voltado às ideias ora de *autopoiese* do direito de Gunther Teubner (1989), outrora na comunicabilidade do Direito com o meio envolvente de Jurgen Habermas (2001) e, por vezes, trazendo uma iniciação à Teoria Crítica da Justiça proposta por Axel Honneth (2003 a), através da Teoria do Reconhecimento Social, em busca da construção de um caminho que possui, como a maior razão de ser, o aumento da fruição equânime dos direitos humanos e fundamentais.

No que se refere ao Direito, nosso objeto de estudo, somando-se a essa estratégia metodológica, faremos um recorte de três perspectivas, com as quais irá se trabalhar ao longo de todo o trabalho desenvolvido nessa dissertação:

I. Na primeira perspectiva, trataremos do Direito de forma intrassistêmica autorreferencial, ou seja, com o sistema e subsistemas jurídicos atuando de forma endógena, alterando a si próprios, atualizando-se – *a perspectiva intrassistêmica*;

II. Na segunda perspectiva, a análise abordará o Direito na relação sistema-ambiente, trabalhando com a sua capacidade de assimilar entradas e saídas de conteúdo exógeno, normatizando-as – *a perspectiva intersistêmica*;

III. Na terceira e última perspectiva, o foco será no direito como aquele que cria modelos estratégicos ou estruturas de autorreflexão dentro de outros sistemas ou subsistemas que não os jurídicos, irritando-os e, por vezes, modulando-os, com a intenção de promover uma espécie de legitimação social pelo procedimento – *a perspectiva modulatória*.

Sem dúvidas, são formas de atuação concomitantes do Direito, mas que merecem ser recortadas e sistematizadas porque, como procurará se

demonstrar, enriquecem o debate jurídico no campo da sua legitimação e do reconhecimento estratégico da sua função, na sociedade pluralista atual.

A partir desses três momentos ou perspectivas, procuraremos estabelecer *insights*/diretrizes para o afloramento de uma ideia de conformidade estrutural sistêmica, que partirá da ressignificação dos Princípios da Administração Pública até a materialização instrumental dessa conformidade com os programas de integridade pública, nosso objeto de estudo.

Dito isso, seguimos com o primeiro capítulo.

## 2.1 O DIREITO VOLTADO A SI. A PERSPECTIVA INTRASSISTÊMICA. AUTOPOIESE E ALOPOIESE

Entende-se por autopoiese a capacidade do sistema social de produzir-se a si próprio a partir da rede de seus próprios elementos em uma postura autorreferencial e autônoma (LUHMANN, 1983b apud TEUBNER, 1989, P.66-67):

A sociedade é entendida como um sistema autopoietico de comunicação. Um tal sistema é composto por atos de comunicação que geram novos atos de comunicação. A partir do circuito de comunicação geral, desenvolvem-se e diferenciam-se assim circuitos comunicativos específicos, atingindo alguns deles um tão elevado grau de autonomia a ponto de os transformar em sistemas autopoieticos de segundo grau. Trata-se de unidades de comunicação autônomas que são, por seu turno, autorreprodutivas, gerando os seus próprios elementos, estruturas, processos e fronteiras, construindo o seu próprio meio envolvente e definindo a sua própria identidade. Todos esses componentes sistêmicos autorreproduzidos são, por sua vez, hiperciclicamente constituídos, no sentido de que se encontram articulados entre si no seio do hiperciclo. Enfim, os subsistemas sociais constituem unidades que vivem em clausura operacional, mas também em abertura-cognitiva em relação ao respectivo meio envolvente (TEUBNER, 1989, p. 139-140).

O caráter autopoietico dos subsistemas da sociedade, no entanto, não pode ser esclarecido da mesma maneira: a comunicação é a unidade elementar de todos os sistemas sociais; no ambiente de todos os subsistemas da sociedade, há comunicação; para esses subsistemas, não apenas a comunicação se desenvolve sobre o meio ambiente, mas também a comunicação com o meio ambiente. Somente quando um sistema social possui uma diferença de código específica de

sim e não, ele pode ser caracterizado como fechado por referência própria (e, conseqüentemente, como aberto em termos ambientais). Por meio da codificação sistêmica binária de sim e não, as unidades elementares do sistema são reproduzidas internamente e claramente diferenciadas da comunicação externa (LUHMANN *apud* NEVES, 2001, p. 249, tradução própria)<sup>7</sup>.

É uma teoria que, por sua vez, procura reconhecer o fato de que a conservação e evolução das espécies seriam condicionadas e decididas por outros fatores que não os unicamente ambientais (NEVES, 2001, p. 244) e, na linha de Niklas Luhmann, que a positividade é entendida como autodeterminação e fechamento operativo da lei (LUHMANN *apud* NEVES, 2001, p. 249, tradução própria), o que não impediria, no entanto, que se trabalhasse, pelo sistema jurídico pluralístico, na perspectiva sistema-ambiente, com a *cultura legal das incertezas e manejo situacional-tópico*.

Os desenvolvimentos externos não são, por um lado, ignorados nem, por outro lado, convertidos diretamente em efeitos internos, conforme o "esquema de resposta a estímulos", mas, antes, seriam filtrados de acordo com os critérios de seletividade dentro da estrutura da lei e adaptados à lógica interna do desenvolvimento normativo (TEUBNER *apud* NEVES, 2001, p. 251, tradução própria)<sup>8</sup>.

Nessa linha, seguindo os ensinamentos de Niklas Luhmann, o conceito de positividade como autonomia sistêmica, liga-se não somente à autorreferência do sistema jurídico em uma visão endógena autorreprodutora, mas especialmente ao meio através do qual se desenvolve *uma racionalidade*

---

<sup>7</sup> "The autopoietic character of the subsystems of the society, however, cannot be clarified in this same way: communication is the elementary unit of all social systems; in the environment of all subsystems of society, there is communication; for these subsystems, not only does communication develop *about* the environment but also communication *with* the environment. Only when a social system has a specific code difference of yes and no, can it be characterized as self-referentially closed (and consequently as environmentally open). By means of the very binary systemic coding of yes and no, the elementary units of the system are reproduced internally and clearly distinguished from external communication" (LUHMANN, *apud*, NEVES, 2001, p. 249).

<sup>8</sup> "In the case of social systems, operative autopoiesis is combined with cognitive reference to the environment. The informative hetero-reference is a prerequisite to operative self-reference and vice-versa" (NEVES, 2001, p. 255).

*processual ética igualmente na lei e na política* (LUHMANN, apud, NEVES, 2001, p. 250), mantendo-se a sua autopoiese, sem obstruções ou quebras.

Inobstante a atualidade da teoria autopoietica do direito, não se pode deixar de reconhecer que, no polo oposto à autopoiese, encontrar-se-á a alopoiese, um processo negativo de diluição sistêmica, que se apresenta em países, especialmente os periféricos ou em desenvolvimento: “the problem consists in the generalization of relations of over-integration and under-integration into the different social systems”<sup>9</sup> (NEVES, 2001, P. 260).

a subordinação resultante do código legal ao código possuir/ não possuir e ao código poder/não-poder não é orientado nem por princípios altamente morais, tampouco determinado internamente ou controlado por critérios e programas de sistemas funcionais diferenciados, mas, ao contrário, são condicionados por 'exclusão social' real (NEVES, 2001, p. 263).

A exclusão social é dotada de tamanha gravidade que, diferente de eventuais obstruções da reprodução autopoietica da lei positiva, o problema implicaria no comprometimento da autonomia operativa do próprio Direito, sendo insuficientes meros mecanismos complementares de imunização para solucionar a crise<sup>10</sup> (NEVES, 2001, p. 259):

Allopoiesis affects the basal self-reference (legality), reflexivity (constitutionality), and reflection (legitimacy) as constitutive moments of the operationally closed reproduction of the legal

---

<sup>9</sup> “Em relação à lei, isso significa que os integrados demais têm acesso à lei (bem como a proteção e ação legal), sem ter que cumprir os requisitos deveres e responsabilidades impostos pelo sistema legal (impunidade), enquanto, por outro lado, os sub-integrados não têm acesso a ações legais e proteção, embora sejam rigorosamente submetidos a deveres, responsabilidades, penalidades limitadoras da liberdade. No mundo moderno altamente complexo, é certo que não há absoluta sobre-integração ou sub-integração de posições, porque essas posições não se baseiam, como nas sociedades pré-modernas, em princípios ou normas sólidas, mas dependem de condições factuais concretas de reprodução de comunicação; porém, existem partes da população que são encontrados regularmente no polo superior ou inferior das relações de sobre-integração e sub-integração” (NEVES, 2001, p. 260, tradução própria).

<sup>10</sup> “Therefore, we are not dealing with the eventual obstructions of autopoietic reproduction of positive law, that are to be overcome through complementary immunization mechanisms of the same legal system. The problem implies the generalized compromising of the operative autonomy of law” (NEVES, 2001, p. 259).

system. It impairs also the hetero-reference, that is, the function and the performances of the law <sup>11</sup> (NEVES, 2001, p. 260).

de acordo com o modelo de Teubner, a alopoiese implica primeiro a não constituição, bem como a obstrução generalizada da conexão hipercíclica dos componentes sistêmicos (ato legal, norma jurídica, procedimento e doutrina). No entanto, pode significar ainda mais: a saber, que esses componentes sistêmicos não são autorreferencialmente constituídos. Nesse caso, as fronteiras entre sistema jurídico e meio ambiente tornam-se não apenas fracas ou opacas, desaparecem<sup>12</sup>(NEVES, 2001, p. 260, tradução própria).

Desaparecendo, haveria a captura, acoplamento, assimilação de um sistema por outro com a perda de identidade e de autonomia – o desmantelamento da autopoiese.

Marcelo Neves, inclusive, enfatiza que o problema da efetividade das normas constitucionais, quando a Constituição se apresenta de forma simbólica, apareceria somente quando está em curso a aplicação de suas normas, seguindo modelos jurídicos consubstanciados em discursos democráticos (NEVES, 2001, p. 260).

Na alopoiese, é nesse ponto da concreção e do aumento de fruição de direitos constitucionais, especialmente os fundamentais, que se revelam graves obstruções na autopoiese dos sistemas sociais, pelos diversos interesses particularizados, é bem verdade, que promoveriam a *de-legalizing political reality* e a *de-constitutionalizing legal practice* (NEVES, 2001, p. 260): a saber, a racionalidade de um campo de comunicação não pode ser reduzida à de outro campo, suprimindo a sua autonomia, bem como os códigos e os critérios de uma esfera social autônoma não podem ser sabotados por demandas de outra esfera

---

<sup>11</sup> “A alopoiese afeta a autorreferência basal (legalidade), reflexividade (constitucionalidade) e reflexão (legitimidade) como momentos constitutivos da reprodução operacionalmente fechada do sistema jurídico. Prejudica, também, a heterorreferência, ou seja, a função e o desempenho da lei ” (NEVES, 2001, p. 260, tradução própria).

<sup>12</sup> “According to Teubner’s model, allopoiesis first implies the non-constitution as well as the generalized obstruction of the hypercyclic connection of the systemic components (legal act, norm, procedure, and doctrine). However, it can mean even more: namely, that these systemic components are not self referentially constituted. In this case, the boundaries between legal system and environment become not only weak or opaque, they vanish” (NEVES, 2001, p. 260).

(NEVES, 2001, p. 264), sendo necessário o desenvolvimento de *mecanismos de imunização*, que não somente preservem a autopoiese dos sistemas e subsistemas sociais autônomos, como também promovam a estabilização de demandas sociais, permitindo a unidade no seio do hiperciclo do sistema social de primeiro grau<sup>13</sup>.

Como veremos, esses *mecanismos de imunização*, a ideia de *unidade no seio do hiperciclo* e a de *autopoiese social* não são incompatíveis com o conceito atual de pluralismo jurídico – é possível adaptá-los a sistemas não-lineares constituídos em redes, assimétricos, abertos e, por vezes, multidisciplinares – aliás, são eles que auxiliarão na manutenção da autonomia e na estabilização de sistemas ou subsistemas sociais:

In sum, justice presupposes and demands the recognition of discursive plurality and the systemic complexity of world society today, implying respect for the autonomy of the discursive spheres or of the systems of communication<sup>14</sup> (NEVES, 2001, p. 264).

Noutro giro, a par da autopoiese e da alopoiese, o direito, também no nosso entender, passou a reconhecer outros papéis institucionais centrados na coordenação da autonomia dos sistemas sociais (político-burocrático e econômico, especialmente) e na promoção da integração social descentralizada (HABERMAS, 2001, p. 469-533) e (LUHMANN, 2004).

E Othon de Azevedo Lopes (2018, p. 317) destaca, primordialmente, que, nessa realidade, os princípios são fundamentais, porque compõem, necessariamente, um tripé indissociável entre regras e diretrizes políticas:

No eixo das diretrizes políticas de caráter teleológico e utilitário, formam-se ordens preferenciais para o atingimento de

---

<sup>13</sup> “Entretanto, apesar do dissenso radical quanto a valores, expectativas e interesses e da fragmentação do sujeito, o Estado Democrático de Direito só se afirma, do ponto de vista sistêmico, caso uma unidade de uma esfera de juridicidade esteja presente. Isso importa que o direito positivo estatal reproduza-se autônoma e generalizadamente com base no código de preferência “lícito/ilícito, e nos seus respectivos programas e critérios” (NEVES, 2016, p. 150).

<sup>14</sup> “Em suma, a justiça pressupõe e exige o reconhecimento da pluralidade discursiva e da complexidade sistêmica da sociedade mundial hoje, implicando respeito pela autonomia das esferas discursivas ou dos sistemas de comunicação”(NEVES, 2001, p. 264, tradução própria).



finalidades coletivas por decisões da comunidade ou, mais especificamente, de suas autoridades, o que leva a uma grande instabilidade e variabilidade na seleção desses objetivos, que pode ser amenizada com a vinculação aos princípios em um processo argumentativo em que se procure justiça e coerência ( LOPES, 2018, P. 317).

Assim, “tão logo uma fundamentação racional coletiva da vontade passa a visar programas jurídicos concretos, ela precisa ultrapassar as fronteiras dos discursos da justiça e incluir problemas do autoentendimento e da compensação de interesses”(HABERMAS, 2012, vol. I p.194).

Em uma perspectiva intrassistêmica de autossobrevivência, em razão de todos os argumentos apresentados, diríamos que cabe agora ao Direito o estabelecimento de canais legitimadores de entendimento entre os sistemas sociais interdependentes, na preservação da sua autonomia ou autopoiese (TEUBNER, 1989, p. 299- 326), promovendo *mecanismos de estabilização sistêmica*, que amenizem, ao menos, apropriações/capturas indevidas, particularizações antidemocráticas e sabotagens sistêmicas – as nocivas *relações de sobre-integrações e sub-integrações* (NEVES, 2001, p. 260).

## 2.2 UM OLHAR ALÉM DE SI. A PERSPECTIVA INTERSISTÊMICA DO DIREITO (SISTEMA-AMBIENTE). A ABERTURA E A REFLEXIVIDADE

Segundo o autor Marcelo Neves (2016, p. 140):

os procedimentos democráticos não se legitimam apenas porque canalizam a luta democrática pelo poder, mas sim decisivamente enquanto permanecem cognitivamente abertos e sensíveis para a pluralidade da esfera pública e a autonomia dos subsistemas sociais.

Ao mesmo tempo em que Gunther Teubner (1986, p. 301) destaca “a habilidade das teorias jurídicas em produzir critérios normativos para a autotransformação consciente das próprias normas jurídicas internas do sistema”, não deixa, por outro lado, de enfatizar o fato de que “uma das tarefas mais importantes dessa teoria será identificar os mecanismos concretos de

fechamento autorreferencial e a ligação de abertura entre eles”(TEUBNER, 1986, p. 314).

De forma que reconhece uma crise do direito regulatório consubstanciada na “incompatibilidade das lógicas internas dos diferentes sistemas sociais”<sup>15</sup>.

Para ele, o ideal seria que os modelos que integram os sistemas não apenas recebessem informações externas para se atualizarem e se reprogramarem, mas que possuíssem uma função de redesenho do próprio ambiente interno ao sistema social, “assim, a evolução de sistemas adaptativos complexos para níveis mais altos depende de mapeamento bem sucedido como uma correspondência seletiva de sistema e ambiente” (TEUBNER, 1986, p. 307):<sup>16</sup>

Clearly, this social integration cannot be achieved by the state imposing unified norms on society. Nonetheless, social integration is still seen as a political problem in which the legal-political-system – however indirectly – plays a critical role (TEUBNER, op.cit., 1984, p. 307).<sup>17</sup>

Destaca-se, por sua vez, como premissa interrelacional do direito: a sua capacidade de mapeamento e seleção sistema-ambiente de conteúdo relevante.

Mas, é a Teoria do Trilema Regulatório (TEUBNER, 1986) que marca bem a autopoiese do sistema jurídico sem ignorar essa troca sistema-ambiente. Dispõe que o Direito entra em crise quando apresenta uma incongruência entre a lei, a política e a sociedade, o que acaba por acarretar a inefetividade da lei pela não produção de mudança de comportamento, efeito pretendido para o sistema regulado (TEUBNER, 1986, p. 311).

Também, compromete-se ao produzir um excesso de legalização da sociedade, o que representaria, segundo o autor, uma ameaça à necessária dinamicidade e à autoprodutividade do sistema regulatório, podendo destruir,

---

<sup>15</sup> TEUBNER, Gunther. **After legal instrumentalism: Strategic models of post-regulatory law**. In: *Dilemmas of law in the welfare state*. Berlin: Walter de Gruyter, 1986, p. 307.

<sup>16</sup> TEUBNER, Op. cit., 1986, p. 301, tradução própria.

<sup>17</sup> Claramente, essa integração social não pode ser alcançada pelo Estado impondo normas unificadas à sociedade. Não obstante, a integração social ainda é vista como um problema político em que o sistema jurídico-político - ainda que indiretamente - desempenha um papel crítico (TEUBNER, op.cit., 1984, p. 307, tradução própria).

inclusive, a reprodução de padrões tradicionais da vida social, que proporcionam a interação adequada dos sistemas sociais (TEUBNER, 1986, p.311).

Já uma terceira falha do Direito seria também o excesso, mas agora de socialização da lei. Nesse caso, a lei é capturada pela política ou por subsistemas regulatórios, ocorrendo a politização, a economização da lei e uma sobrecarga normativa criada por outros sistemas sociais que impedem a assimilação do conteúdo das normas (TEUBNER, 1986, p.311).

De forma mais sintética e direta, é possível afirmar que a perspectiva intersistêmica, quando inobservada, pode resultar em uma regulação fracassada e em uma incoerência entre os sistemas sociais.

Uma lei que contradite a essência da cultura de negócios arrisca irrelevância; uma lei que esmague os sistemas normativos que naturalmente surgem do ambiente de negócios pode destruir a virtude; uma lei que deixe as normas de negócio dominarem pode destruir suas próprias virtudes (ARANHA, 2016).

Em princípio, diríamos, então, que o Direito (regulatório) aparenta-nos trabalhar de forma dinâmica, comunicativa (HABERMAS, 2001) e a todo tempo atualizável.

Por outra perspectiva, Menelick e Scotti (2012, p. 133) reforçam a mesma ideia com o argumento de que:

é apenas no campo dos discursos de aplicação, ao se levar a sério as pretensões de direito nele levantadas, mediante o escrutínio das especificidades daquele caso concreto, que essas pretensões poderão ser qualificadas como legítimas ou abusivas, inclusive aquelas calcadas em previsões legais literais.

Da mesma forma em que Menelick e Scotti (2012, p. 135) desenvolvem a ideia da *diluição da unidade e de organicidade típicas das sociedades tradicionais* com a invenção do indivíduo, da sociedade civil, do pluralismo religioso, político e social, da tensão socialmente constitutiva entre o eu e o outro, em Gunther Teubner (1984, pp. 308-309) é possível entender que, com relação ao ambiente interno do sistema, a manutenção da organização autorreprodutiva dos sistemas necessita de suporte social, chegando a defender que, a

efetividade do Direito, por assim dizer, pressupõe o processamento de entradas em saídas, ocasionando não somente um processo de conversão interno, como também *um controle jurídico da autorregulação social*, sendo inafastável do processo de legitimação, o reconhecimento da inerente relação entre a autorreferencialidade e o ambiente.

É, pois, nessa relação de autorreferencialidade e ambiente que se encontra a grande dificuldade da questão da *certeza jurídica*.

A única, em princípio, com a qual deveríamos trabalhar é a da indisponibilidade dos direitos humanos e fundamentais, independente de se entender ou não que é o Direito que confere universalidade aos princípios ou valores morais advindos da sociedade<sup>18</sup>.

Esse é o limite intransponível de qualquer modelo, ao nosso ver. Portanto, ainda que se questione a unicidade do sistema jurídico, da sua juridicidade consubstanciada no código lícito/ilícito, do qual surgem programas, construções artificiais, normas, modelos, mesmo que se entenda que *a pluralidade dos discursos é processada internamente, ganhando unicidade sistêmica* (NEVES, 2016, p. 151), ou, ainda, que se conclua como Gunther Teubner que “o estudo de caso não generalizável parece ser o único método disponível para coletar conhecimento sobre relações casuais nos campos de implementação” (1984, p. 313, tradução própria)<sup>19</sup>, a despeito de todos esses argumentos, toda a construção jurídica interpretativa e aplicativa deverá, necessariamente, resguardar a busca da fruição equânime dos direitos humanos e fundamentais na sua essência.

Isso porque, a troca entre o Direito e a sociedade pluralista é intensa, o que o faz incorporar a todo tempo novas informações ou conteúdos externos, reconstruindo-se sob uma perspectiva embora evolutiva, instável. Há um constante acoplamento e desacoplamento substantivo e procedimental que não apenas redesenha o sistema, como também desenvolve o caminho através de procedimentos (conflitantes ou não).

---

<sup>18</sup> “O Poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais”. ( Habermas, 2012, vol. I , p. 171-172).

<sup>19</sup> “The non-generalizable case study seems to be the only method available of collecting knowledge about casual relations in the implementation fields” (TEUBNER, 1984, p. 313).

No nosso entender, seria preciso uma direção de movimento do sistema jurídico claramente definida pela ordem constitucional é bem verdade, especialmente porque, como afirma Gunther Teubner (1984, p. 318), *dynamic, flexible institutions with strong asymmetric power relations can, under certain conditions, be more responsive to human needs than self-closed, power-symmetrical, equilibrium institutions*<sup>20</sup>.

Ou seja, a abertura pressuporia, ao nosso ver, um norte pré-definido para que o sistema jurídico, na sua perspectiva intersistêmica, não tenha comprometida a sua autonomia e identidade, a ponto de ser capturado ou anulado em suas funções primordiais.

A necessidade de uma direção intensifica-se quando se adentra na esfera global de discussão, para além do Estado-nação. Não é o nosso objetivo levar o presente debate para a esfera global, mas só para se ter uma ideia, segundo o autor, teríamos, hoje, dois grandes problemas a serem enfrentados nesse contexto de internacionalização, bem mais amplo e complexo por sinal, que influenciam, diretamente, a dinâmica e a construção sistêmica de uma sociedade fragmentada.

Um deles seriam as desigualdades criadas na sociedade em razão da globalização, o que geram a necessidade de estabelecimento de um comportamento social de democratização do próprio processo de globalização, entrando, nesse tópico, discussões como a urgência de uma regulação social redistributiva, por exemplo (STIGLITZ, 2014).

Já o segundo apresenta-se no campo da cibernética. Ou seja, *as racionalidades agora são produzidas na esfera digital* (TEUBNER, 2018, pp. 323-334).

Passamos, portanto, a admitir que análises sociológicas influenciam, diretamente, no constitucionalismo, por exemplo, a ponto de promover, no sistema jurídico, um acoplamento e o desacoplamento de elementos sistêmicos. E, ainda nesse processo, por sua vez, permitem a construção e desconstrução

---

<sup>20</sup> Instituições dinâmicas e flexíveis, com fortes assimetrias nas relações de poder, podem, sob certas condições, responder mais às necessidades humanas do que instituições fechadas e equilibradas de poder simétrico (TEUBNER, 1984, p. 319, tradução própria).

de instituições jurídicas (nosso foco de interesse), categorias, paradoxos, *constructos* macro e micro, *dispositivos*.

Somado a isso, a diferenciação parece ser o que promove a autonomia. Tanto que Gunther Teubner (2018) reconhece o fato de que os sistemas ou subsistemas altamente qualificados possuem o condão de produzir a sua racionalidade e normatividade, criando a sua própria realidade institucional:

Such a mutual externalization of paradoxes takes place not only the states constitutions, coupling law and politics but also in various societal constitutions coupling law and the economy, law and science and so on (TEUBNER, 2018, p. 326)<sup>21</sup>.

Avançando um pouco mais, aparenta ser possível afirmar que o Direito, na troca sistema-ambiente (entradas e saídas), todavia em seu interior, pode chegar a lidar com realidades institucionais conviventes, concorrentes, ou, um pouco mais além, dissidentes, porém relativas a contextos sociais específicos internalizados de forma racional e, por vezes, na forma de especializações altamente qualificadas, ainda que em termos puramente argumentativos em alguns momentos:

“Autoconstitucionalization, means that different social fields constitutionalize themselves via their own rationality and normativity and create their own institutional realities” (TEUBNER, 2018, p. 326).<sup>22</sup>

Por isso que Ronald Dworkin (2014, pp. 512-514), em “A raposa e o porco-espinho, justiça e valor”, ao tratar sobre como apurar se está havendo respeito ou violação aos direitos humanos, ressalta que o critério a ser usado para a identificação deve ser o interpretativo, na medida em que se deve indagar a respeito da atitude, do reconhecimento do Direito ao tratamento digno.

Para o autor, é preciso ter em mente a necessidade de se identificar não apenas “uma conduta geral do governo defensável no contexto de uma concepção inteligível” (p. 513) no campo das políticas públicas, por exemplo, como também se faz necessário compreender que “as diferentes culturas

---

<sup>21</sup> Essa externalização mútua de paradoxos ocorre não apenas nas constituições dos estados, acoplando lei e política, mas também em várias constituições sociais, acoplando lei e economia, lei e ciência, e assim por diante (TEUBNER, 1984, p. 319, tradução própria).

<sup>22</sup> Autoconstitucionalização significa que diferentes campos sociais se constitucionalizam através de sua própria racionalidade e normatividade e criam suas próprias realidades institucionais (TEUBNER, 2018, p. 326, tradução própria).

políticas assumem diferentes pontos de vista a cerca de como a responsabilidade individual dos indivíduos deve ser protegida” (p. 514), por exemplo.

Dworkin chega a utilizar-se da expressão de Charles Beitz (p. 508)<sup>23</sup> chamada de *prática discursiva dos direitos humanos*, o que confirma a ideia inicial da influência social sofrida pelo Direito, que implicaria, necessariamente, na sua própria formação e função não somente intrassistêmica de manutenção da sua autonomia, como também inter-relacional ou mesmo modulatória de outros sistemas sociais autônomos, portanto, autolegitimadora.

Othon de Azevedo Lopes (2018, p. 263), ao analisar a dicotomia entre a prestação do Estado em prol da preservação da dignidade de todos os cidadãos e o direito de todos à autodeterminação, ou seja, ao buscar situar os direitos de igualdade e liberdade no contexto social atual, afirma que é preciso reconhecer a dimensão reflexiva desses direitos.

No mínimo, há implicação recíproca entre eles.

E isso quer dizer que se a autoridade não “atuar de maneira a explicitar uma teoria coerente e concretizar uma prática institucional congruente como forma de densificar os direitos, em que pese a sobrecarga que o caráter aberto dos direitos constitucionais lhe imponha, para cumprir sua missão”(LOPES, 2018, p. 263-264), o particular, respaldado em seus direitos individuais, também constitucionalmente protegidos, poderá opô-los ao Estado.

*A interrelação sistema-ambiente, a reflexividade e a diferenciação*, portanto, apresentam-nos como questões centrais para a construção da conformidade. Parece ser realmente necessário além de reconhecê-las, criar modelos que permitam lidar de forma legítima e equilibrada com essas categorias.

### **2.2.1 A pertinência da reflexividade para o sistema jurídico**

Segundo Gunther Teubner (1989, p. 138-139), a reflexividade no Direito significa, pois, quer análise empírica da posição histórica atual do Direito no contexto social, quer avaliação e seleção normativa.

---

<sup>23</sup> Dworkin (2014, p. 508) apud Charles Beitz, *The Idea of human Rights* (oxford: Oxford University Press, 2009), pp. 96ss.

O direito reflexivo estabelece, no sistema jurídico, a coordenação da autonomia dos sistemas sociais diferenciados, promovendo uma integração social descentralizada e, em uma postura construtivista, utiliza-se de estruturas reflexivas de modo também compensatório (LOPES, 2018, pp.110-118).

Teria, portanto, uma vertente, necessariamente, política.

De uma certa forma, a reflexividade não apenas admite a influência de perspectivas econômicas, políticas, sociais de um sistema para o outro, como também a sua incorporação pelo sistema jurídico, para a sua autoprodução (TEUBNER, 1993, p. 35).

Ela carrega, especialmente, as ideias de *abertura*, *interrelação* (sistema-ambiente), *dinamicidade* e *autoprodução sistêmicas*.

Mas, parece que, dentro de um processo dinâmico de conversão de entradas em saídas, distanciar-se-ia da imprevisibilidade. Os sistemas ou subsistemas autônomos ou parcialmente autônomos aparentam precisar, na sociedade plural, da *previsibilidade* do movimento, do risco e do resultado dos efeitos da sua atividade, dentro do sistema social a que pertencem, em prol da estabilização sistêmica.

A primeira impressão que fica, portanto, é a de que a reflexividade no direito diria respeito mais a como o sistema jurídico autônomo e os seus subsistemas inter-relacionam-se com o meio e até que ponto essa dinâmica preserva a sua autonomia e o equilíbrio sistêmico, do que, propriamente, sobre a justiça ou injustiça de uma racionalidade jurídica.

O que seria preocupante se não fosse o fato de que a justiça, parece possível situá-la assim, encontrar-se-ia na própria legitimação pelo procedimento de escolhas racionais antecipadas e previsíveis, até certo ponto, e no reconhecimento empírico da realidade com a qual o Direito interage constantemente, trazendo-a ao seu interior e a normatizando, em princípio.

Na jurisprudência pátria, por exemplo, admitem-se decisões fundamentadas em argumentos como os da “reserva do possível” ou “estado de coisas inconstitucionais” (RE 580.525 e ADPF 347). Essas decisões, à luz do



conceito clássico de justiça (“dar a cada um o que é seu de direito”), configurariam verdadeiras injustiças jurídicas, porém são até certo ponto legítimas.

A reflexividade do Direito, portanto, que a nos interessa mais é aquela de caráter *procedimental e performativo*.

Isso porque entende-se, realmente, que a reflexividade do direito é composta por evidências empíricas, sendo pressuposto da sua *autopoiesis*. Na mesma linha de raciocínio de Gunther Teubner, portanto, seria crucial, no nosso entender, que, para a sua legitimação, o direito promovesse *a investigação concreta da lógica própria do campo a ser regulado*, desenvolvendo mecanismos de conversão de conteúdo (ambiente-sistema) e de acoplamento e desacoplamento de entradas e saídas (sistema-ambiente).

Do contrário, Gunther Teubner (2005, p. 49), não afirmaria que, no corrente processo de aprendizado jurídico, a sociologia empírica do Direito teria uma chance de analisar não só os mecanismos de mediação entre direito estatal e direito plural, como também o direito plural e os campos sociais.

O autor, inclusive, sugere, no campo da constitucionalização, distinguirmos diferentes tipos de reflexividade: *a cognitiva, a normativa e a medial*.

Sugiro distinguir diferentes tipos de reflexividade no contexto da constitucionalização. O primeiro tipo é a *reflexividade cognitiva*: estamos tentando entender o mundo da própria perspectiva e fornecendo uma análise cognitiva do mundo e seu papel nele. A segunda é a *reflexividade normativa*: qual deve ser o papel de um sistema social no contexto mais amplo da sociedade? Qual deve ser a contribuição para outros sistemas, para outras pessoas e para o meio ambiente? E qual é o seu papel em toda a sociedade. A reflexividade normativa é importante para as constituições; no entanto, o terceiro tipo chamado *reflexividade medial* é decisivo. Quando o meio de comunicação específico de cada sistema social (poder político, dinheiro na economia, regras legais, operações digitais na internet) começa a se comunicar de forma reflexiva, esse é o ponto de partida para constituições. Poder aplicado ao poder: a divisão de poderes dentro do estado, ou direitos humanos como limitação de poder. Ou dinheiro em dinheiro: os bancos centrais não estão usando principalmente poder ou regras, mas operações monetárias sobre as operações monetárias comuns. Lei da lei: os tribunais supremos usam regras secundárias para influenciar as regras principais que os tribunais comuns estão aplicando. Essa reflexividade medial é o aspecto central das constituições. Sempre que um meio de

comunicação é formalizado no sentido de aplicar reflexivamente seu meio de comunicação sobre si mesmo, então vemos o início de uma constituição. (TEUBNER, 2017, p.327, tradução própria)

24

Portanto, já se faz possível adiantar a ideia de que a ressignificação dos Princípios da Administração Pública vai além da primeira perspectiva intrassistêmica de clausura autorreferencial.

Perpassará, necessariamente, pela segunda perspectiva de cunho inter-relacional, o que permitirá reconhecê-los, ao nosso ver, não apenas como instrumentos de modulação de relações jurídico-institucionais de realidades com racionalidade e normatividade próprias dentro do sistema jurídico, o que já seria, por si só, um grande papel, como, especialmente, como atratores de conteúdo do ambiente externo e instrumentalizadores da atualização sistêmica.

Tamanha é relevância dos princípios nessa dinâmica, diante do seu campo de abrangência, que a atualização pode chegar a implicar, sim, na exclusão do que até então era perfeitamente justificável, sob o ponto de vista da sua legitimidade jurídica, deixando de sê-lo por influências externas decorrentes de novos fatos sociais relevantes.

Essas atualizações jurídicas decorrentes de processos de entrada (ambiente-sistema) podem influenciar, inclusive, mais de um sistema ou subsistema autônomo, porque, em uma mão dupla de funcionalidade, o que se busca também é a legitimação jurídica das suas respostas com influência significativa na sociedade e em seus anseios (sistema-ambiente).

---

<sup>24</sup> “I would suggest distinguishing different types of reflexivity in the context of constitutionalization. The first type is cognitive reflexivity: one is trying to understand the world from one’s own perspective and give a cognitive analysis of the world and one’s role in it. The second is normative reflection: what should be the role of a social system in the broader context of society? What should be the contribution to other systems, to other people, to the environment? And what is its role in the whole society. Normative reflexivity is important for constitutions, however, the third type called medial reflexivity is the decisive thing. When the medium of communication which is specific to each social system (power in politics, money in the economy, rules in law, digital operations in the internet) begin to communicate about themselves in a reflexive way, this is the starting point for constitutions. Power applied on power: the division of powers within the state, or human rights as a limitation of power. Or money on money: the central banks are not primarily using power or rules but monetary operations upon the ordinary monetary operations. Law on law: supreme courts use secondary rules in order to influence the primary rules that ordinary courts are applying. This medial reflexivity is the central aspect of constitutions. Whenever a medium of communication is formalized in the sense of reflectively applying its medium of communication upon itself, then we see the beginning of a constitution” (TEUBNER, 2017, p. 327).

Não é por menos que Gunther Teubner (1989, p. 139) aponta que o grande problema a ser enfrentado pelo direito reflexivo é como o direito lida com sua própria *autopoiesis* e a *autopoiesis* dos restantes sistemas sociais, sendo essa a terceira perspectiva a ser abordada a seguir - a perspectiva modulatória.

### 2.3 O DIREITO E OS DEMAIS SISTEMAS SOCIAIS AUTÔNOMOS. A PERSPECTIVA MODULATÓRIA. IRRITAÇÃO E INTERVENÇÃO. OS MODELOS ESTRATÉGICOS

A função do direito consiste em disponibilizar à sociedade estruturas normativas congruentes e generalizáveis. A sua performance é regular conflitos que ocorrem dentro dos outros sistemas sociais. O direito pode contribuir significativamente por meio de uma legitimação procedimental, fornecendo condições para uma auto-organização ou autorregulação democrática dos subsistemas por meio de normas que estimulem sistematicamente estruturas de reflexão no seio de outros sistemas, em formas mais contidas, mais abstratas e indiretas de controle social, intervindo de forma limitada e reflexivamente e assumindo responsabilidade pelos resultados, sem, no entanto, produzir as utilidades de interesse público (LOPES, 2018, p. 113).

Esse trecho, ao tratar de função, performance e reflexão, confirma a função intersistêmica do Direito. Porém, parece-nos ser possível ir um pouco mais além e admitir uma função relativamente interventiva do Direito.

Diríamos que o mesmo Direito também poderia desenvolver instrumentos ou mecanismos de atuação que permitam, em sua relação com os demais sistemas sociais, descobrir o *ponto de intervenção sensível* (TEUBNER, 2005, p. 38) e, a partir de então, atuar de forma estratégica em prol de uma *regulação jurídica contextual*.

E, aqui, saltamos para uma terceira perspectiva – a modulatória.

A expectativa é que, entretanto, possivelmente após uma fase caótica, temporária, produza um valor próprio, por sua vez,

compatível com a finalidade da intervenção. A força do sistema consiste em sua fraqueza: concede-se à própria dinâmica do sistema de maneira mais ampla possível a forma da sua construção. A modelagem concentra-se na tarefa de identificar as chances de intervenção eficaz no sistema, considerando as condições marginais (TEUBNER, 2005, p. 40).

Para isso, é preciso, também, trabalhar com a ideia de que não subsistiria, na atual sociedade complexa, a simples regulação de um objeto por um sujeito regulador, mas sim processos autônomos de autorregulação e heterorregulação sobrepostos de várias maneiras, muito, muito além, portanto, dos meros problemas relacionados à crise conceitual da dogmática jurídica no campo do Direito, na sua lógica meramente interna.

normas jurídicas são, portanto, estruturas da sociedade como um todo, num duplo sentido: produzidas no horizonte de sentido do sistema jurídico e, desde que perturbem outros sistemas, “reconstruídas”, de acordo com o respectivo horizonte de sentido, como estruturas sistêmicas específicas (TEUBNER, 2005, p. 47).

“Realmente, as normas jurídicas “constituem” campos sociais de ação, mas de tal forma que estes, não signifiquem normas jurídicas como tais, e sim estruturas subsistêmicas específicas com sentido próprio” (TEUBNER, 2005, p. 47-48).

Inclusive as *normas sociais* gestadas no campo a ser regulado (ARANHA, 2018, p. 437-452), que, reveladoramente, vêm ganhando força de subestrutura sistêmica específica influenciadora dos sistemas sociais, tanto quanto as outras espécies de normas jurídicas.

Ao nosso ver, as normas jurídicas de qualquer natureza possuem o condão de instrumentalizar o acoplamento e desacoplamento estrutural dos sistemas sociais de forma discursiva em uma sociedade plural a promover, diante das realidades sociais de sistemas diferenciados, porém de especial importância a um contexto pré-determinado, a institucionalização de *interações individuais* ou de *organizações formais políglotas* (TEUBNER, 2005, p.49).

Seria possível, no nosso entender, falar sim na assimilação de institucionalizações jurídicas pelos demais sistemas ou subsistemas, que os levem a atualizarem-se através de uma dinâmica previamente desenhada e que preserve uma determinada finalidade, sem comprometer-lhes a autonomia/diferenciação.

Ainda que não deixe de ser verdade que o Direito, por se encontrar ligado em redes não-lineares, ao tentar promover uma intervenção diretiva, poderia produzir consequências imprevistas e contraintuitivas (TEBUNER *apud* KRHOUEH & KÜPPERS, 1989, p.114), mesmo que se entenda que não haveria chances de uma regulação/direcionamento social pelo Direito (TEUBNER, 2005, p.37), ainda assim é possível que o Direito realize, na expressão de Gunther Teubner, o *shake-up*.

As ideias de *shake-up*, ou seja, a aceitação do fato de que o Direito possui em si alguns valores próprios estáveis, a despeito da sua dinamicidade, e que por meio de normas gerais ou atos jurídicos especiais pode, de forma orientada, perturbar o caos individual de outros sistemas ou subsistemas, irritando-os e diminuindo a sua incompatibilidade com o estímulo a uma conduta mais integradora, é uma ideia que nos é cara (TEUBNER, 2005, p. 38).

Como o são, também, os conceitos de *différance* e de *supplément* do autor.

Em um contexto jurídico pluralístico, é bem possível que somente de forma empírica se possa averiguar, em princípio, a justiça ou injustiça da atuação do Direito sobre os demais sistemas sociais. Como um intruso, promove uma irritação intersistêmica (exógena) ou intrassistêmica alheia, buscando a estabilização dos sistemas sociais autônomos.

Essa função primordial, somente seria possível por meio do processo de diferenciação e não através da busca do paradoxo do Direito, porque, em uma sociedade plural, ao menos, deve-se identificar de qual subestrutura ou microsistema estar-se-á tratando e atuar dentro e através da sua perspectiva, em uma postura de autorreflexão.

Mas não é só, além da diferenciação, a suplementação do Direito por *quase-normas informais e locais* modifica a essência da autonomia do sistema jurídico,

afirmando-o como algo além do mero *ordenamento jurídico oficial, formal e centralizado* (TEUBNER, 2005, p. 81).

Não há como ignorar o conteúdo jurídico existente:

nas normas informais das culturas políticas alternativas, na colcha de retalhos do direito das minorias, nas normas de grupos étnicos, culturais e religiosos, nas técnicas disciplinares de 'justiça privada' e, ainda, nos regulamentos internos de organizações formais e redes informais (TEUBNER, 2005, p. 81).

Faz, a nós, todo sentido que se trabalhe, assim como Gunther Teubner (2005, p. 83), com as categorias de *perturbação, acoplamento estrutural, deriva estrutural e coevolução*, porém em uma perspectiva que nos permita assimilar o conceito de *relacionamento interdiscursivo* entre os sistemas sociais autônomos:

Cálculos puramente econômicos são excluídos, tanto quanto meros meios de pressão de poder, comunicação de normas convencionais ou morais e rotinas organizacionais. No entanto, toda vez que esses fenômenos não jurídicos são observados de forma comunicativa por uma *distinction directrice – lícito/ilícito* -, passam a fazer parte do jogo do pluralismo jurídico (TEUBNER, 2005, p. 89).

(...) Seguiremos, então, o giro linguístico! A mudança conceitual decisiva – assim me parece – é da estrutura para o processo, de norma para ação, de unidade para diferença, e a mais importante ao propriamente jurídico, de função para código (LUHMANN *apud* TEUBNER, 2005, p. 89).

Se “o problema não é mais a tradução de normas sociais de grupos para normas jurídicas, e sim a integração de um número confusamente grande de comunicações codificadas de maneira diferente no código jurídico” (TEUBNER, 2005, p. 96), é preciso compreender certa necessidade de reprogramação na dinâmica sistêmica de abertura/fechamento, além da superação de conceitualização e estruturação para, uma passo à frente, seguir com a procedimentalização e a transformação dinâmica intrassistêmica, tanto que o

autor desenvolve ideias como a de instituições de ligação ou *links* institucionais entre processos jurídicos e sociais.

Essas instituições de ligação seriam, portanto, aptas, diante dos sistemas sociais, a *reproduzir as diferenças discursivas fundamentais* (TEUBNER, 2005, p. 97), porque, ao invés de fusionarem as diferenças sistêmicas de conteúdo e procedimento, promovem a sua conexão, partindo das diferentes concepções dos mais diversos sistemas sociais.

Por isso que Gunther Teubner (2005, p. 98) afirma que “o discurso jurídico não incorpora apenas resultados gerados na distorção de normas sociais como normas legais: hoje em dia, ele incorpora processos, que distorcem produções econômicas e técnicas como produções jurídicas.”

Ficamos, sim, com a sua ideia de que o direito periférico é o que permitiria a conexão do direito oficial e não-oficial com outros discursos sociais a ponto de ser possível admitir que *processos de autorreprodução podem agir fora das fronteiras do sistema autopoietico, sem que os sistemas envolvidos percam a sua clausura autopoietica* (TEUBNER, 2005, p. 98-99, grifo nosso).

E isso seria possível não apenas através de uma postura responsiva de procura pela viabilidade do Direito em uma condição própria de *deriva estrutural* (TEUBNER, 2005, p. 99), como também através de modelos estratégicos (TEUBNER, 1986), que atuem de forma indireta, promovendo interferências nos demais sistemas sociais, que não somente o econômico e o político.

### **2.3.1 A procedimentalização do Direito na sua perspectiva modulatória**

Para tratar da questão referente à legitimação do Direito pelo procedimento, Marcelo Neves constrói um raciocínio consubstanciado em uma postura habermasiana. Defende a necessidade da constituição pelo Direito do “consenso racional, ou seja, a tomada de decisões racionalmente generalizáveis (NEVES, 2016, p. 145)”, para a preservação da ordem democrática.

O campo sistêmico generalizável possuiria natureza, necessariamente, pragmática e consensual:

Pode-se objetar que, em Habermas, o problema da diferença de interesses e principalmente de valores é enfatizada na abordagem do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a exigência da “inclusão do outro” é lapidar.<sup>25</sup> Também se pode arguir que não se trata de consenso fático no paradigma procedimental habermasiano. Entretanto, a justificação do Estado Democrático de Direito decorre, conforme a teoria do discurso, de uma razão procedimental possibilitadora da prevalência de resultados passíveis de generalização pragmática e, pois, consensuais (NEVES, 2016, p. 145).

Em princípio, para nós, essa construção discursiva consensual, no entanto, independeria da natureza do consenso - se fático, suposto, hipotético-racional, ou mesmo se somente existiria, ao fundo, um dissenso na esfera pública deveras absorvido por procedimentos legítimos:

O relevante é que os procedimentos constitucionais, independentemente de seus resultados, permaneçam abertos para a diversidade de valores, expectativas e interesses, mesmo os que eventualmente sejam derrotados nos termos procedimentais. (...) Os canais de mutação devem permanecer abertos para o fluxo de informações que advém conflituosamente do mundo da vida e dos diversos subsistemas sociais autônomos (NEVES, 2016, p. 148-9).

A abertura sistêmica e procedimental do Direito seria, por sua vez, pressuposto para a garantia de legitimidade do Estado Democrático de Direito no “acesso equânime dos mais diferentes valores e interesses através de seus procedimentos jurídicos-políticos”(NEVES, 2016, p. 145), objetivando, ao final, o aumento equânime do alcance e da fruição dos direitos fundamentais.

Prefere-se, no entanto, distanciar-se um pouco, em princípio, da afirmação de que o consenso procedimental é pressuposto imprescindível para a continuidade da esfera pública pluralística, porque garantiria “o influxo equitativo de valores, expectativas e interesses os mais heterogêneos que emergiriam do mundo da vida, bem como dos subsistemas da sociedade, com a pretensão de

---

<sup>25</sup> Neves, 2016, p.144 *apud* Habermas, 1996c: esp. pp.172-5.



generalização jurídica e política, em diversas formas discursivas” (NEVES, 2016, p.151).

Parece-nos que, realmente, “a circularidade internormativa e interprocedimental no Estado Democrático de Direito é, precisamente, o que possibilita a inserção crítica permanente advinda da esfera pública pluralista no âmbito sistêmico da política e do direito”(NEVES, 2016, p. 153).

No entanto, o dissenso procedimental e a particularização de resultados políticos e jurídicos poderiam, ao nosso ver, também legitimar o Estado Democrático de Direito, promovendo uma maior abertura no campo jurídico, ao menos em princípio, porque deles dependeria a dinamicidade da atualização jurídica (já pensando no Princípio da Eficiência e no seu reflexo no *compliance* público).

É bem verdade que não se deve deixar de considerar o fato de que “as mudanças não podem atingir o núcleo normativo de que dependem a continuidade da esfera pública pluralista e a autonomia dos sistemas jurídicos e políticos” (NEVES, 2016, p. 155), bem como que “os argumentos e opiniões minoritárias configuram probabilidades contínuas de mutação da ordem jurídico-política” (NEVES, 2016, p. 156).

Parece-nos, porém, possível absorver dissensos não somente fáticos, como também procedimentais com posturas particularizadas e específicas, sobretudo no campo regulatório, sem deixar de deslegitimar procedimentos dissidentes, sob a ótica do Direito, ainda que se reconheçam como fundamentais a “circularidade internormativa e interprocedimental no Estado Democrático de Direito” (NEVES, 2016, p.153).

Arriscaríamos dizer que essa ideia daria uma folga para possibilitar a incidência do *relacionamento interdiscursivo* entre o Direito e a sociedade.

Tanto o é que Gunther Teubner (2005, p. 85-86) propõe uma reformulação da abrangência do conceito de *acoplamento estrutural*:

1. mal-entendidos produtivos: uma vez que a interdiscursividade é um acoplamento estrutural de um sistema autopoietico dentro do sistema autopoietico da sociedade como um todo, o simples conceito de perturbação não é suficiente para compreender a ideia específica de *fechamento/ abertura dos subsistemas*

*sociais*. Realmente, entre eles ocorre e, ao mesmo tempo, não ocorre comunicação. Assim, para um relacionamento tão paradoxal entre discursos sociais, sugiro substituir *perturbação* por *mal-entendidos produtivos*. No pluralismo jurídico, o discurso jurídico não é somente perturbado pelo processo de autorreprodução na sociedade, mas o direito entende mal, de maneira produtiva, outros discursos sociais, passando a utilizá-los como *fontes* de produção de normas;

2. instituições de ligação: o acoplamento estrutural depende de determinadas instituições de ligação, que irão dar forma à sua duração, qualidade e intensidade. Enquanto no “antigo” pluralismo jurídico a conexão entre direito e o campo social era a recepção de normas sociais difusas pelo direito, o “novo” pluralismo jurídico caracteriza-se pela existência de instituições específicas, que conectam o direito a uma *multitude* de subsistemas funcionais e organizações formais;

3. responsividade: a coevolução leva à mera *sobrevivência* de construções internas do direito. Por outro lado, a responsividade social nasce quando as instituições de ligação associam o direito mais estreitamente aos demais discursos sociais autônomos. Pluralismo jurídico significa, assim, o direito mais voltado à sociedade, não por aumentar os seus conhecimentos sociais e econômicos, mas por aproveitar a sincronia entre operações jurídicas e sociais, de modo a melhorar seus conhecimentos implícitos.

É possível perceber que ao mesmo tempo em que o autor reconhece a necessidade da manutenção da autopoiese do direito, para que preserve a sua autonomia enquanto subsistema social, não nega a insuficiência do mero acoplamento estrutural, propondo formas de revisão interna de conteúdo jurídico.

É que, no nosso entender, também os meios de modulação procedimental de outros subsistemas sociais autônomos pelo Direito, não os capturando, mas interferindo na sua dinâmica, em uma postura interdiscursiva, deveriam compor a dinâmica de processamento sistêmico do Direito.

Se isso é comunicação ou não, seria outra questão, mas o fato é que o autor admite, inobstante haja, atualmente, uma certa indefinição, uma ausência de precisão do que seria jurídico e social fundamentada no pluralismo jurídico, a ideia da autorreprodução do sistema social através de atividades fora do sistema autopoietico, sem, contudo, perder a sua autopoiese.

O Direito poderia, portanto, promover “normatizações” fora do sistema ou subsistema jurídico, lá desenvolvendo *estruturas subsistêmicas específicas com*

*sentido próprio*. Ultrapassaria, pois, a fase da conceitualização e da estruturação para, um passo à frente, seguir com a procedimentalização e com a transformação da dinâmica intrassistêmica, atualizando-se e se autorreproduzindo. Para isso, parece-nos viáveis, nessa contextualização, ao menos em princípio, as ideias de dissenso procedimental e de particularização de resultados, no âmbito não somente jurídico, como também social.

### 2.3.2 Modelos estratégicos

Antes de chegar ao conceito e função dos modelos estratégicos propriamente ditos, parece-nos relevante apresentar o ambiente em que esses modelos merecem especial atenção.

Othon de Azevedo Lopes (2018), citando aula de Michel Foucault de 21 de março de 1979 e o livro “Nascimento da Biopolítica”, ao tratar da distinção entre a forma da lei e a sua função, apresenta o conceito de tecnologia ambiental (LOPES, 2018, p. 195-200):

Tecnologia ambiental tem por aspectos: - a definição em torno do indivíduo de um quadro suficientemente amplo para que ele possa jogar; - a possibilidade, para o indivíduo, de a regulação dos efeitos definir o seu próprio quadro; - a regulação dos efeitos ambientais; - o não-dano; - a não-absorção; - a autonomia desses espaços ambientais (LOPES, 2018, p. 196).

Lopes (2018) afirma, através de Foucault (1979), que “não há uma individualização uniformizante, identificatória, hierarquizante, mas uma ambientalidade aberta às vicissitudes a aos fenômenos transversais. Lateralidade.”

E essa constatação fica, ainda, mais instigante, diante da menção de Michel Foucault (1979) ao que ele conceitua de *apparatus* ou *dispositif* :

Apparatus is a thoroughly heterogeneous ensemble consisting discourses, institutions, architectural forms, regulatory decisions, laws, administrative measures, scientific statements, philosophical, moral and philanthropic propositions – in short, the

said as much as the unsaid (FOUCAULT 1980, p. 194). Apparatus is also “a system of relations that can be established between these heterogeneous elements (FOUCAULT 1980, p. 195)<sup>26</sup>.

E ainda, o dispositivo, segundo o autor, possuiria uma função estratégica dominante de responder, em um determinado momento histórico, a uma necessidade urgente.

Fala-se, portanto, em tecnologia ambiental de espaços autônomos, em lateralidade, em dispositivos multifuncionais e inter-relacionais, em elementos heterogêneos de atuação e configuração, em sistema de relações de elementos heterogêneos – em, substancialmente, categoriais que não se fundem, preservando a sua autonomia, mas que se inter-relacionam discursivamente.

Portanto, o ambiente a se aplicar um modelo estratégico (ainda sem conceituá-lo) precisaria, ao nosso ver, ser aberto a todo e qualquer tipo de vicissitudes e admitir elementos heterogêneos de atuação e configuração. Assim como o conceito de *dispositif* de Foucault (1979), diríamos, até que a legitimidade do modelo estratégico é tanto maior e mais significativa quanto for a sua capacidade de lidar com o heterogêneo e com o lateral em um ambiente aberto, constituído por discursos, instituições, formas arquitetônicas, decisões regulatórias, leis, medidas administrativas, declarações científicas, proposições filosóficas, morais e filantrópicas.

O modelo estratégico, na mesma linha de raciocínio, promoverá, portanto, assim como o *apparatus* de Foucault (1979), relações entre os elementos heterogêneos. E, aqui, o ambiente encontra-se propício à sua atuação e legitimação.

À vista dessa ambientalidade propícia, é possível então afirmar que, se para se desprender de “dogmas institucionais”, princípios imutáveis e valores

---

<sup>26</sup> O *apparatus* é um “conjunto completamente heterogêneo que consiste em discursos, instituições, formas arquitetônicas, decisões regulatórias, leis, medidas administrativas, declarações científicas, proposições filosóficas, morais e filantrópicas - em suma, o dito tanto quanto o não dito” (FOUCAULT 1980, p. 194, tradução própria). O *apparatus* também é “um sistema de relações que pode ser estabelecido entre esses elementos heterogêneos” (FOUCAULT 1980, p. 195, tradução própria).

puramente econômicos inquestionáveis, o Direito atual precisa de uma legitimação procedimental, ela passaria, ao nosso ver, também pela interferência do Direito em outros sistemas sociais.

E isso se daria não para lhes ditar as regras, é bem verdade, porque, dessa forma, comprometeria a autonomia dos demais sistemas, todavia como meio, ao menos, de lhe permitir a sua própria reconfiguração, de forma reflexiva.

Parece-nos ser preciso trabalhar não apenas com a abertura através da ideia de *dispositivos* de Foucault, em um ambiente de lateralidades, de transversalidades, o que já seria de uma riqueza extraordinária de variáveis para o Direito, mas com a modulação de outros sistemas a partir do jurídico.

Modulação que não possuiriam o condão de comprometer a função e a autonomia dos outros subsistemas sociais, mas de conduzi-los a realizar o que seria a sua função primordial para o sistema social como um todo, estabilizando-o e legitimando-se, bem como se integrando a uma ordem maior, muito embora o Direito reconheça que trabalhe com *mal-entendidos produtivos*, ou seja, possa ter a visão turva sobre fatos sociais relevantes.

É que, não faria, ao nosso ver, sentido falar em direito enquanto subsistema social substancialmente enclausurado. A primeira perspectiva intrassistêmica é, para nós, apenas o início do caminho a se seguir, por assim dizer.

Parece-nos fundamental trazer o conceito de modelos estratégicos ou *strategic models* de Gunther Teubner (1984, p. 305) para essa ambientalidade (transversal, lateral e heterogênea):

Strategic models are highly selective legal constructions of social reality. Their selectivity is defined by the social context and the criteria of selectivity result from the mutual limitation of their empirical, prospective and operative sub-models. Their ultimate test is re-entry in social reality. Their social function is the self-identification of the legal system as a criterion for its own transformation.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Modelos estratégicos são construções jurídicas altamente seletivas da realidade social. Sua seletividade é definida pelo contexto social e os critérios de seletividade resultam da limitação mútua de seus submodelos empíricos, prospectivos e operacionais. O teste final deles é a reentrada na realidade social. Sua função social é

Através do conceito de TEUBNER (2005) de modelos estratégicos, é possível reconhecer a sua função reflexiva. Mas arriscamos dizer que, também, se faz possível pensar em interferência sistêmica em outros sistemas sociais que não o jurídico.

E essa interferência do Direito nos demais subsistemas sociais, de forma indireta e contida, possivelmente, torna-se mais efetiva se através de modelos estratégicos que não somente identifiquem o *ponto sensível de interferência* nesses sistemas, mas que, especialmente, permitam que se criem *mecanismos de autorreflexão de atualização sistêmica*, em prol da integração social e da estabilização dos subsistemas sociais.

É preciso trabalhar no sentido do aumento da responsividade sistêmica apontada por Gunther Teubner (2005, p. 85-86): quanto maior a atividade, maior a possibilidade de respostas satisfatórias pelo Direito à sociedade.

Aparenta-se, portanto, retornando um pouco, interessante somar-se à ideia de “circularidade internormativa e interprocedimental”, para a manutenção da unidade sistêmica e da própria autonomia dos sistemas sociais, a possibilidade da construção ou do reconhecimento de *dispositivos heterogêneos*, que ofereçam uma resposta a uma necessidade atual de um ou mais sistema ou subsistema social, todavia, de forma, algumas vezes, particularizada.

No âmbito dos direitos fundamentais, Menelick e Scotti (2012, p. 41), em plena consonância com a ideia de abertura do Direito por meio de dispositivos heterogêneos mutáveis, denotam que:

a irracionalidade do excesso racionalista das pretensões iluministas revela-se claramente na crença em fundamentos últimos que podiam ser vistos como definitivos e imutáveis, quando sabemos hoje que permanente é somente o que é capaz de ter o significado renovado conjuntamente com a constante transformação da sociedade moderna. No contexto de uma racionalidade que se sabe precária, os fundamentos revelam-se frágeis *constructos* sociais, requerendo que os compreendamos

---

a autoidentificação do sistema jurídico como critério para sua própria transformação (TEUBNER, 1984, p. 305, tradução própria).

como conquistas históricas discursivas que, embora estruturalmente inafastáveis do processo de reprodução diuturna da sociedade moderna, por si sós, não são definitivas, ao contrário, encontram-se, elas próprias, em permanente mutação, sujeitas ao retrocesso e sempre em risco de serem manipuladas, abusadas.

E em uma reflexão sobre a eficácia e efetividade do Direito (legitimação) somadas à ideia de democracia, afirmam que o desafio à compreensão dos direitos fundamentais seria o de “tomá-los como algo permanentemente aberto, ver a própria Constituição formal como um processo permanente, e, portanto, mutável, de afirmação da cidadania” (MENELICK, SCOTTI, 2012, p. 41), apontando como central o problema da *tessitura aberta do Direito positivo* (MENELICK, SCOTTI, 2012, p. 42).

De toda sorte, agora avançando um pouco, Gunther Teubner (1986, p. 303, tradução própria) estabelece, no que se refere aos modelos estratégicos, que:

estamos lidando com “construções intelectuais concorrentes que contêm diferentes avaliações empíricas da sociedade”, bem como com suas “avaliações normativas e subseqüentes decisões estratégicas”. As premissas, estruturas e conseqüências de todos os modelos podem ser analisadas e discutidas<sup>28</sup>.

O autor reconhece que se trata de modelos complexos com diferentes tipologias e elementos. Podem ser modelos gráficos, técnicos, sociais-normativos, imperativos; podem conter elementos projetivos, seletivos, pragmáticos.

Os modelos estratégicos seriam altamente seletivos, construindo uma racionalidade própria a partir da identificação de estruturas e funções sociais, bem como tendências em desenvolvimento (*submodelo empírico*).

Eles definem a avaliação normativa e os objetivos estratégicos, através da averiguação dos propósitos da lei e das conseqüências legais e sociais dos seus

---

<sup>28</sup> “We are dealing with competing intellectual constructs that contain different “empirical assessments of society”, as well as their “normative evaluations and subsequent “strategic” decisions. The premises, structures and consequences of all those models can be analyzed and discussed” (TEUBNER, 1986, p. 303).

preceitos (*submodelo prospectivo*), bem como manipulam dados, sendo orientados para a ação (*submodelo operativo*) (TEUBNER, 1984, p 304).

Os modelos estratégicos seriam, pois, altamente seletivos na construção, em princípio interna, da realidade social, mas, podem, ao nosso ver, interferir significativamente no campo interno de outros sistemas sociais, modulando-os, ainda que a intenção seja a de trazer a si elementos de autorreprodução e reconfiguração intrassistêmicas, em uma postura reflexiva.

Ao ressignificarmos os Princípios Constitucionais da Administração Pública, a partir dessa perspectiva jurídica de cunho modulatório, nos interessará mais como os princípios podem auxiliar nessa interferência em outros sistemas, em um viés procedimental, indireto, que preserve a autonomia alheia, ainda que o Direito trabalhe com *mal-entendidos produtivos, instituições de ligação e responsividade sistêmica*, do que, propriamente, com a razão pela qual o sistema jurídico precisa trazer a si todos os *dispositivos* identificados em uma ambientalidade, por vezes, lateral, perante uma sociedade plural, a fim de se autorreproduzir.

Diríamos que o estudo meramente intrassistêmico, como será visto, é abundante, de certa forma na doutrina e jurisprudência atuais. Escassas são as tentativas de sistematização, e mesmo de reconhecimento das outras duas perspectivas – a intersistêmica e a modulatória -para a legitimidade do Direito de forma estrutural, porém tem se mostrado como de necessidade premente, especialmente no campo da regulação.

Adiantando um pouco mais, promovendo um recorte de realidade, marcaríamos a ideia de que os programas de integridade pública, que para nós são *mecanismos jurídicos regulatórios de integração social sistêmica*, dentro de um viés de *inovação social normativa*, poderiam funcionar, porque não, como uma espécie de *modelo estratégico* altamente seletivo dentro de toda essa lógica até então desenvolvida. Os programas de compliance promoveriam, então, a intervenção sistêmica, identificado pontos sensitivos em outros sistemas sociais e intervindo de forma indireta, provocando uma adequação rumo a um maior equilíbrio ou integração social. É o que procuraremos, portanto, demonstrar.



## 2.4 CONCLUSÃO – PERSPECTIVAS E DIRETRIZES E A CONFORMIDADE ESTRUTURAL SISTÊMICA

Com fundamento na Teoria dos Sistemas Sociais e através das três perspectivas do direito – *intrassistêmica*, *intersistêmica* e *modulatória* – foi possível recortar diretrizes e instrumentos com os quais o sistema jurídico, ainda que sem deixar de reconhecer o novo pluralismo jurídico (direito-sociedade/ambiente-sistema), poderia trabalhar para tentar buscar, mesmo em uma ambientalidade transversal de lateralidades, a configuração de uma conformidade estrutural sistêmica:

1. “O Poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais” (HABERMAS, 2012, vol. I, p. 171-172);
2. A codificação sistêmica binária de sim e não confere ao sistema a sua autonomia. No direito, o código é o lícito/ilícito (NEVES, 2016, p. 150) – ao se passar a indagar sobre a licitude/ilicitude de um objeto, penetra-se no sistema jurídico (LUHMANN *apud* NEVES, 2001, p. 249, tradução própria);
3. O trabalho intrassistêmico de produção de conteúdo normativo lida com um ambiente calcado na *cultura legal das incertezas* e com o *manejo situacional-tópico* (LUHMANN *apud* NEVES, 2001, p. 249, tradução própria);
4. A positividade possui como fundamento a constituição de *uma racionalidade processual ética igualmente na lei e na política* (LUHMANN, *apud*, NEVES, 2001, p. 250), procurando manter a autopoiese do sistema jurídico, sem obstruções ou quebras;
5. A autopoiese movimenta-se para a preservação da *autorreferência basal (legalidade)*, *reflexividade (constitucionalidade)* e *reflexão (legitimidade)* como momentos constitutivos da reprodução operacionalmente fechada do sistema jurídico (NEVES, 2001, p. 260, tradução própria). Atua, por sua vez, através de critérios e programas de subsistemas funcionais diferenciados, procurando reduzir os graus nocivos de *sub-integração* e *sobre-integração sociais*, em prol da estabilização dos sistemas sociais autônomos (NEVES, 2001, p. 260, tradução própria);

6. É preciso a construção de *mecanismos de imunização centrais sistêmicos*, que permitam o livre fluxo da conexão hipercíclica dos componentes do sistema (ato legal, norma jurídica, procedimento e doutrina) e, além de preservarem a autopoiese do sistema jurídico, auxiliem na manutenção da unidade no seio do hiperciclo do sistema social de primeiro grau – a sociedade (TEUBNER, 1989, p. 299- 326);
7. O atual *pluralismo jurídico* formado por sistemas não-lineares constituídos em redes, assimétricos, abertos e multidisciplinares, que levam a uma grande instabilidade e variabilidade na seleção de diretrizes políticas teleológicas e utilitaristas, deve orientar-se e vincular-se aos *princípios em um processo argumentativo em que se procure justiça e coerência*” ( LOPES, 2018, P. 317);
8. Além das questões relacionadas à justiça e à coerência, o direito deverá trabalhar com o *problema do autoentendimento* e da *compensação de interesses*”(HABERMAS, 2012, vol. I p.194);
9. Já na *perspectiva inter-relacional* do direito, a evolução de sistemas adaptativos complexos dependerá i) da capacidade de mapeamento bem sucedido do sistema e do ambiente e ii) da correspondência seletiva de sistema e ambiente (TEUBNER, 1986, p. 307);
10. Diante da *diluição da unidade e de organicidade típicas das sociedades tradicionais* (MENELICK E SCOTTI, 2012, p. 135), a manutenção da organização autorreprodutiva dos sistemas necessita de suporte social não somente para, com o processamento de entradas em saídas, ocasionar um processo de conversão interna, mas, especialmente, com o intuito de promover *um controle jurídico da autorregulação social*. A legitimação pressupõe o constante reconhecimento da relação dinâmica entre *autorreferencialidade e o ambiente* (TEUBNER, 1986, pp. 308-309);
11. Segundo Gunther Teubner (1984, p. 313, tradução própria), “o estudo de caso não generalizável parece ser o único método disponível para coletar conhecimento sobre relações casuais nos campos de implementação”;
12. A *inter-relação sistema-ambiente* é confirmada pela influência direta das análises sociológicas na construção e desconstrução de instituições jurídicas, de categorias, de paradoxos, de *constructos* macro e micro, de *dispositivos*.

*Ela é o motor do dinâmico processo interno de acoplamento e desacoplamento de elementos sistêmicos.*

13. A *diferenciação* é o que preserva a autonomia do sistema jurídico. Sistemas ou subsistemas altamente qualificados possuem o condão de produzir a sua racionalidade e normatividade, criando a sua própria realidade institucional (TEUBNER, 2017, p. 326);

14. A *reflexividade* do direito significa i) a análise empírica da posição histórica atual do direito no contexto social e ii) a avaliação e seleção normativa (TEUBNER, 1989, p. 138-139). Pressupõe concepções ligadas à *abertura, inter-relação* (sistema-ambiente), *dinamicidade* e *autoprodução sistêmicas*;

15. Entender o direito como reflexivo significa que ele, além de outras funções tradicionais, i) coordena a autonomia dos sistemas sociais diferenciados, promovendo uma integração social descentralizada e ii) utiliza-se de estruturas reflexivas de modo também compensatório (LOPES, 2018, pp.110-118);

16. No campo da *legitimação pelo procedimento*, a justiça também pode ser reconhecida na normatização do conhecimento empírico da realidade com a qual o direito interage constantemente, ocorrida através de escolhas racionais antecipadas e, até certo ponto, previsíveis. A *previsibilidade* é uma categoria com a qual o sistema jurídico necessita trabalhar a fim de preservar a sua autopeiose;

17. Para a sua legitimação, o direito precisaria promover a *investigação concreta da lógica própria do campo a ser regulado*, desenvolvendo mecanismos de conversão de conteúdo (ambiente-sistema) e de acoplamento e desacoplamento de entradas e saídas (sistema-ambiente);

18. Com isso, a reflexividade do direito deveria possuir caráter *procedimental e performativo*, assumindo três tipos fundamentais – a *reflexividade cognitiva*, a *reflexividade normativa* e a *reflexividade medial* – o conhecimento, o autorreconhecimento e o meio de comunicação (aplicado sobre si mesmo) (TEUBNER, 2017, p. 327, tradução própria);

19. O direito, na perspectiva agora *modulatória*, fornece condições para uma *auto-organização ou autorregulação democrática* dos subsistemas. Utiliza-se de normas que estimulem, dentro de outros subsistemas sociais, a constituição de *estruturas de reflexão*, que permitam o *controle social*, ainda que de forma mais

contida ou indireta (*shake-up*). Passa a *intervir de forma limitada e reflexivamente* em outros sistemas e assume, assim, a responsabilidade pelos resultados, sem, no entanto, produzir diretamente as utilidades de interesse público, que caberão a cada sistema social autônomo (LOPES, 2018, p. 113).

20. Na terceira perspectiva, a *modulatória*, trabalha-se, portanto, com as categoriais de: I. *auto-organização ou autorregulação democrática*, II. *estruturas de reflexão* (ou modelos estratégicos), III. *controle social contido ou indireto* e IV. *intervenção sistêmica limitada e reflexiva*;

21. A postura do direito deverá ser, aqui, de *perturbação, acoplamento estrutural, deriva estrutural e coevolução*, bem como de assimilação de um *relacionamento interdiscursivo* entre os sistemas sociais autônomos (TEUBNER, 2005, p. 83);

22. É preciso que o direito identifique o *ponto de intervenção sensível* no sistema social sobre o qual atuará e, a partir de então, agir de forma estratégica em prol de uma *regulação jurídica contextual* (TEUBNER, 2005, p. 38);

23. A *modelagem jurídica*, na perspectiva modulatória, consiste na tarefa de identificar as chances de intervenção eficaz no sistema, considerando as condições marginais (TEUBNER, 2005, p. 40).

24. As normas jurídicas, inclusive as normas sociais gestadas no campo a ser regulado (ARANHA, 2018, p. 437-452), constituem *campos sociais de ação*, possuindo *natureza de estruturas sub-sistêmicas específicas com sentido próprio* (TEUBNER, 2005, p. 47-48).

25. O papel da norma jurídica, nessa visão ampliada da sua função social, passa também a ser i) a institucionalização de *interações individuais* ou ii) a institucionalização de *organizações formais políglotas* (TEUBNER, 2005, p.49);

26. É a diferenciação (*diférance*) e não o paradoxo do direito que fortalece a *autorreflexão jurídica*;

27. A suplementação (*supplément*) do direito por *quase-normas informais e locais* seria o que modifica a essência da autonomia do sistema jurídico, afirmando-o como algo além do mero *ordenamento jurídico oficial, formal e centralizado* (TEUBNER, 2005, p. 81);

28. O direito deve atentar para a necessidade de reprogramação da dinâmica sistêmica de abertura/fechamento, substituindo a conceitualização e a

estruturação pela *procedimentalização e transformação dinâmica intrassistêmica* através de *instituições de ligação ou links institucionais*;

29. As instituições de ligação seriam aptas a *reproduzir as diferenças discursivas fundamentais* (TEUBNER, 2005, p. 97), porque, ao invés de fusionarem as diferenças sistêmicas de conteúdo e procedimento, promovem a sua conexão, partindo das mais diversas concepções advindas dos sistemas e subsistemas sociais;

30. Os processos de autorreprodução podem agir fora das fronteiras do sistema autopoiético, sem que os sistemas envolvidos percam a sua clausura autopoiética (TEUBNER, 2005, p. 98-99, grifo nosso). Esse processo seria viabilizado pelo *direito periférico*, que permitiria a conexão do direito oficial e não-oficial com outros discursos sociais;

31. Em princípio, o direito deve trabalhar também com *dissensos* não somente fáticos, como procedimentais, bem como com *posturas particularizadas e específicas*, sobretudo no campo regulatório e, ainda assim, não deixará de reconhecer como fundamentais *a circularidade internormativa e interprocedimental* no Estado Democrático de Direito (NEVES, 2016, p.153). É preciso fomentar o *relacionamento interdiscursivo* entre o direito e a sociedade, para fins de legitimação jurídica;

32. O acoplamento estrutural, na teoria da autopoiese do direito, deve caminhar i) da simples perturbação para *mal-entendidos produtivos* (fonte de produção de normas), ii) da coevolução para a *responsividade* (superação da mera sobrevivência através da sincronia entre operações jurídicas e sociais, de modo a aprimorar conhecimentos jurídicos implícitos);

33. Através da procedimentalização e da transformação dinâmica intrassistêmica, o direito já se encontraria apto a desenvolver *estruturas sub-sistêmicas específicas com sentido próprio* (normatizações) fora do subsistema ou sistema jurídico;

34. Os *modelos estratégicos* (função social de autoidentificação e de sua transformação do sistema jurídico) e *dispositivos heterogêneos* (sistema de relações entre elementos heterogêneos) permitiriam, pelo direito, a modulação de outros sistemas sociais, para a estimulação da realização das suas funções primordiais (próprias) na sociedade (TEUBNER, 1984) e (FOUCAULT, 1980);

35. Os modelos estratégicos reconhecem-se através de três submodelos: i) *submodelo empírico* (altamente seletivo) – estabelece a identificação de estruturas e funções sociais e tendências em desenvolvimento; ii) *submodelo prospectivo* - promove a avaliação normativa e estabelece os objetivos estratégicos, por meio da averiguação dos propósitos da lei e das consequências legais e sociais dos seus preceitos; iii) *submodelo operativo* – manipulação de dados e ação (TEUBNER, 1984, p 304);
36. Por fim, nessa dinâmica das três perspectivas jurídicas - intrassistêmicas, intersistêmicas e modulatórias - os *princípios*, para o sistema jurídico, funcionariam como i) instrumentos de modulação de relações jurídico-institucionais de realidades com racionalidade e normatividade próprias dentro do sistema jurídico, ii) atratores de conteúdo do ambiente externo, iii) instrumentalizadores da atualização sistêmica e IV. moduladores da auto-poiese de outros sistemas sociais autônomos.

### 3 A RESSIGNIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No Capítulo anterior, chegamos à perspectiva modulatória do Direito, que é a que nos interessa mais. Junto a ela, alcançamos os modelos estratégicos, entendendo-os como instrumentos de intervenções indiretas e contidas em outros sistemas sociais, inclusive.

Em verdade, a perspectiva modulatória juntamente com os modelos estratégicos são de suma importância para compreendermos o alcance, a função, a efetividade e a legitimidade do programa de compliance regulatório no setor público.

Porém, no decorrer deste Capítulo 2, a perspectiva modulatória e os modelos estratégicos serão deixados em *stand by*, a fim de que seja possível tratar da ressignificação dos princípios constitucionais administrativos.

É que, se eu passo a admitir uma função modulatória do Direito, reconhecendo a possibilidade de que intervenha em outros sistemas ou subsistemas sociais, é preciso, então, construir um campo seguro e propício à sua atuação, em observância absoluta a uma ordem constitucional e democrática vigente.

Ou seja, a perspectiva modulatória necessita, ao nosso ver, de um direcionamento principiológico para a sua atuação legítima, o que será desenvolvido a seguir neste Capítulo.

Com o alinhamento principiológico desenvolvido marcando bem um possível direcionamento para o Direito no setor público, o presente trabalho, no capítulo seguinte a este, retornará não somente com a perspectiva modulatória e com os modelos estratégicos, mas abordará o programa de compliance regulatório no setor público, sob a perspectiva modulatória, através das ressignificações principiológicas construídas neste capítulo, apresentando uma opção regulatória de intervenção sistêmica administrativa e democrática, através do programas de integridade pública.

Feitos os esclarecimentos iniciais, podemos, então, inaugurar o segundo capítulo, afirmando que:

Os princípios não devem ser compreendidos conforme um modelo simples de compreensão da sociedade moderna e do Estado Democrático de Direito: os princípios variam conforme a esfera de comunicação em que se aplicam. Nesse sentido, o caráter multicêntrico da sociedade importa uma concorrência entre leituras diversas incomensuráveis do mesmo princípio. (...) Aqui se trata antes de considerar sistemas de comunicação que se reproduzem autonomamente (ou, no mínimo, com pretensão de autonomia), com base em códigos e critérios próprios (NEVES, 2013, pp. 162-163).

Não é mais suficiente tratar a realidade com previsões abstratas petrificadas em instrumentos normativos perenes, que teoricamente absorveriam a maior parte da carga de litigiosidade. Hoje, é necessário que o Estado trabalhe com a realidade mediante estabelecimento de metas variáveis de acordo com as situações que se põem (ARANHA, 2014, p.10).

Portanto, o Direito influencia as políticas públicas, bem como o mercado, tendo o Estado a função, hoje, predominantemente regulatória e, por vezes, empreendedora, como abordado na introdução.

De toda sorte, o Direito não mais se reconhece através de uma Teoria Geral de Direito voltada apenas para a conformação estrutural do sistema em um regime de adequação.

Tanto o é que Dworkin<sup>29</sup>, ao distinguir justiça, equidade e procedimentos passa a afirmar que:

a justiça diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta dos bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão de estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas de maneira adequada. O devido processo legal adjetivo

---

<sup>29</sup> DWORKIN. R.M. *Laws empire*. Cambridge: The Belknap Press, 1986.



é a questão dos procedimentos corretos para aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu”(1986, p. 483).

Menelick e Scotti (2012, p. 54-55) aduzem que:

ao igualar em essência as tarefas legislativas e judicial, especialmente diante de *hard cases*, nivela as distintas lógicas subjacentes, causando uma profunda confusão entre argumentos cuja distinção é cara a toda estrutura política das sociedades modernas: argumentos de política e argumentos de princípios. Os primeiros se referem à persecução de objetivos e bens coletivos considerados relevantes para o bem-estar de toda a comunidade, passíveis de transações e compromissos, enquanto os segundos fundamentam decisões que resguardam direitos de indivíduos ou grupos, possuindo assim um papel de garantia *contramajoritária*<sup>30</sup>.

Não se entrará, porém, na distinção entre princípios e políticas, mas a ideia de que, primordialmente, os argumentos de princípios seriam o que remetem o Direito aos conteúdos morais dos direitos fundamentais é uma constatação relevante para a presente dissertação e tendemos a assimilá-la em nossa linha argumentativa.

Como também o é a ideia de que os Princípios da Administração Pública, para serem ressignificados, no atual contexto, dependem, necessariamente, de uma visão jurídica não apenas intrassistêmica enclausurada, como também intersistêmica ampliativa e modulatória de outros sistemas sociais autônomos, que admita saídas de conteúdo (materiais ou procedimentais), mas, especialmente, entradas do ambiente relevante, não somente porque “só na linguagem do Direito podem circular em toda a sociedade mensagem de conteúdo normativo” (HABERMAS, 2001), mas especialmente em razão de que, de acordo com o entendimento habermasiano, por exemplo, o Direito é pensado como “*um médium através do qual o poder comunicativo se transforma em poder administrativo*” (HABERMAS, 2012, p.190).

---

<sup>30</sup> MENELICK, SCOTTI, 2012, p. 42, *apud*, DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously in Beijing*. The New York Review of Books, v.49, n.14, p.82, 2002.

Habermas (2012, p.175) afirma que “maior do que o problema da legitimidade da ampla revisão judicial contemporânea é a insuficiente regulação da Administração pelo direito constitucional ou a perda de validade constitucional”.

Isso porque, para o autor:

com o crescimento e a mudança qualitativa de tarefas do Estado, modifica-se a necessidade de legitimação; quanto mais o direito é tomado como meio de regulação política e estruturação social, tanto maior é o peso de legitimação a ser carregado pela gênese democrática do direito (HABERMAS, 2012, p. 171).

Por isso que escritores como Marcus Faro de Castro (2019, p.145-146), ainda que pensando por fora de *teorias sistêmicas*, mas reconhecendo a insuficiência de um Direito meramente enclausurado, propõe que, no atual cenário político-econômico, o Direito desempenhe um papel que busque I) focalizar a fruição dos direitos humanos ou fundamentais enquanto experiências empíricas, aproximando-os dos fatos sociais, II) abandonar noções metafísicas e imutáveis de direitos e a caracterização de direitos subjetivos como formas abstratas fixas e insuperáveis, III) rejeitar a pretensão ontológica implícita em argumentos que se apoiam sobre conceitos como “natureza jurídica”, por exemplo, IV) evitar exercícios abstratos de ponderação de valores imprecisos e genéricos, V) reconhecer a interdisciplinaridade na operação jurídica (*trabalho analítico cooperativo interdisciplinar*<sup>31</sup>) e, especialmente, VI) questionar as premissas impostas pela matemática e pela estatística, que se tornaram meio de objetivação inquestionável de pré-convenções assimiladas por qualquer campo ou ciência, inclusive o jurídico (DESROSIÈRES, 1987, p. 6).

Se a Administração Pública passa a exercer de forma relevante a justificação e a aplicação de normas, desenvolvendo programas próprios, substituindo o legislador, ela já não tem mais o papel neutro que lhe acostumava atribuir o esquema clássico da separação dos poderes. Sua atuação não é “objetiva”. As questões práticas que ela é chamada a decidir

---

<sup>31</sup> Castro (2019), p. 146.

diariamente não podem ser tratadas com base exclusivamente em critérios de eficiência (HABERMAS, 2012, p. 190).

Os princípios da Administração Pública, previstos na Constituição Federal Brasileira, precisam inserir-se nesse novo papel do Direito e ser ressignificados à luz de uma nova forma de implicação jurídica calcada, por ora, no que poderíamos chamar de *legitimação construtiva de abertura e interferência sistêmica*, dentro da lógica das três perspectivas jurídicas que atuariam concomitantemente – *a intrassistêmica, a intersistêmica e a modulatória*.

Diante das diretrizes e instrumentos recortados no primeiro capítulo, bem como na linha dessa *legitimação construtiva de abertura e interferência sistêmica*, tentaremos, em alguns aspectos estratégicos, ressignificar o *Princípio da Legalidade Administrativa*, o *Princípio da Impessoalidade*, o *Princípio da Moralidade Administrativa*, o *Princípio da Publicidade* e o *Princípio da Eficiência*<sup>32</sup>.

Isso porque, conforme apontado, os princípios não somente seriam instrumentos de modulação de relações jurídico-institucionais de realidades com racionalidade e normatividade próprias dentro do sistema jurídico, tampouco meros atratores de conteúdo do ambiente externo, mas sim, além de

---

<sup>32</sup> Cumpre esclarecer que a proposta de Emenda Constitucional nº 32/2020 (PEC), chamada Reforma Administrativa, em pauta, hoje, pelo Governo Federal, traz alterações referentes ao Art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Amplia a gama dos Princípios Constitucionais Administrativos clássicos (Princípio da Legalidade Administrativa, o Princípio da Impessoalidade, o Princípio da Moralidade Administrativa, o Princípio da Publicidade e o Princípio da Eficiência), para buscar promover a ideia da desburocratização estatal em contraposição a uma postura conservadora reputada ineficiente. Com isso, houve por bem incluir os *Princípios da imparcialidade, transparência, inovação, responsabilidade, unidade, coordenação, boa governança pública e subsidiariedade*. Na presente dissertação, serão, porém, tratados por dentro dos *Princípios Administrativos Clássicos*, por serem ideais deles imanentes, ao nosso ver. É que, em princípio, a impessoalidade implica na imparcialidade, a publicidade na transparência, moralidade na responsabilidade, já a unidade, coordenação, boa governança e subsidiariedade já são preceitos observados pelo Princípio da Eficiência, na busca de legitimação do agir administrativo e, ao nosso ver, somente a doutrina e jurisprudência, caso haja aprovação da PEC, poderão desenvolver ao longo dos anos subsequentes, novas perspectivas jurídicas advindas da elevação desses conceitos a *status* de Princípio Constitucional Administrativo. À vista da conformidade estrutural sistêmica, a eles daremos, nesse momento, a mesma conformação conferida ao *Princípio Constitucional Administrativo Clássico* correspondente, por ser, ao nosso ver, suficiente à presente proposta.

instrumentalizadores da atualização sistêmica, poderiam, bem além, atuar como moduladores da autopeiose de outros sistemas sociais autônomos.

### 3.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Na medida em que a capacidade do legislador de coordenar futuras atividades e vínculos é drasticamente reduzida pelo processo de compressão de tempo e espaço, o escopo de autoridade executiva discricionária cresce em conformidade. De fato, a literatura sobre executivo moderno sugere que precisamente esse desenvolvimento ocorreu, considerando a natureza de autoridade executiva de emergência excepcional, tornando-se, até mesmo considerável, em democracias liberais relativamente estáveis. Em nosso mundo social de alta velocidade, aponta-se a incapacidade da legislatura "prever, e assim por leis para prover, todos os acidentes e necessidades, que podem dizer respeito ao público" é provavelmente uma fonte principal da onipresença de discricção executiva na democracia liberal moderna"(SCHEUERMAN, 2001, p. 8-9, tradução própria).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2019, pp. 102-109) afirma que o Princípio da Legalidade:

é o princípio basilar do regime-jurídico administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que com o qual se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sub-legal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei (grifo nosso).

Segundo o autor, com o Princípio da Legalidade Administrativa, pretende-se que a vontade do legislador seja meramente executada pelo Poder Executivo, garantindo-a, porque representaria a vontade geral. É o instrumento da soberania popular e garantia da *cidadania* (MELLO, p. 103).

E segue o autor:

o princípio da legalidade é a completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática"(MELLO, p. 104). E afirma, ainda,

que a função da Administração, seria a “subsunção dos fatos sociais às categoriais legais”(grifo nosso).

Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não é lhe possível expedir regulamento, resolução, instrução, portaria, ou seja, lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já estiver delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar.

(...) Portanto, a função do ato administrativo só pode ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originalmente qualquer cerceio a direitos de terceiros (MELLO, p. 106).

administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o em conformidade com os meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições(MELLO, 2019, p. 107).

É dar concreção aos conteúdos legais abstratos pré-existentes.

A exata compreensão do Princípio da Legalidade não significa – nem exclui – o fato de que à Administração incumbe criar concretamente – embora em nível sub-legal – a utilidade pública – fato do qual decorrerá frequentemente o exercício da discricionariedade. É que a lei, inúmeras vezes, ao regular abstratamente as situações, o faz de maneira a irrogar ao administrador o encargo de eleger, perante o caso concreto, a solução que se ajuste com perfeição às finalidades da norma, para o quê terá que avaliar conveniência e discricionariedade caso a caso (MELLO, 2019, p. 80).

Entende que os *Princípios da Finalidade, Princípio da Razoabilidade, Princípio da Proporcionalidade, Princípio da Motivação, Princípio da ampla responsabilidade do Estado* estão inseridos no Princípio da Legalidade a ponto de o constituir.

Para o autor, “implementar uma regra do Direito não é homenagear exteriormente a sua dicção, mas dar satisfação a seus propósitos. Logo, só se cumpri a legalidade quando se atende à sua finalidade” (MELLO, 2019, p. 80), bem como só é possível reconhecê-la em um ato administrativo razoável, porque o motivo legal, diante de certa discricionariedade administrativa, teria sido observado. Pressupõe, também, a proporcionalidade do ato administrativo, uma vez que qualquer excesso não autorizado pela lei, implicaria na ilegalidade do ato ou conduta do Estado.

Já o princípio da motivação diz respeito às razões pelas quais o ato administrativo foi realizado, integrando o Princípio da Legalidade, assim como o Princípio da ampla responsabilidade do Estado, que o imputa a responsabilidade, por vezes, por atos lícitos que oneram apenas um particular ou um grupo em prol de toda a coletividade (MELLO, 2019, pp. 82-83).

Por fim, o autor reconhece que as exceções ao princípio seriam somente aquelas previstas pela própria Constituição Federal como as medidas provisórias (art. 62 da CF/88), estado de defesa (art. 136, CF/88) e estado de sítio (art. 137 a 139, CF/88) (MELLO, p. 109).

Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, p. 91), por um outro ângulo, a vontade da Administração é aquela que necessariamente decorre da lei, porque apenas a lei poderia restringir os direitos individuais em benefício da coletividade.

“Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto ela depende de lei” (PIETRO, 2018, p. 91).

Com um maior aprofundamento, Marçal Justen Filho (2016) faz distinção entre lei e normas jurídicas. Em síntese, toda lei seria composta por normas jurídicas, mas com elas não se confundiriam.

Para o autor, o Princípio da Legalidade Administrativa:

significa a necessidade de existirem normas jurídicas produzidas por meio de lei. O Princípio da Legalidade significa, na verdade, que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da existência de uma norma jurídica produzida em lei (JUSTEN, 2016, p. 72).

Parece-nos que, por onde se conceitue, o Princípio da Legalidade Administrativa tal qual explicitado pelos doutrinadores, poderia chegar a atender, muito bem, à função de modulação de relações jurídico-institucionais de realidades com racionalidade e normatividade próprias dentro do sistema jurídico – *na perspectiva intrassistêmica*.

Sim, porque regula a dinâmica *direitos individuais/interesse público*, de forma a permitir a restrição a direitos individuais apenas nos casos autorizados por lei ou a impedir a concessão de direitos além dos previstos em lei, garantindo a isonomia.

O Princípio da Legalidade Administrativa definiria uma finalidade à lei, devendo o ato administrativo ser praticado conforme a vontade dos preceitos legais e, em havendo uma certa liberdade, atendendo à razoabilidade e à proporcionalidade.

No entanto, o que parecia ser autossuficiente começou a modificar-se. Novas formas argumentativas de sua aplicação foram se desenhando, especialmente na jurisprudência.

No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, a ADC 12, segundo a interpretação de Marçal Justen Filho (2016, p. 81), “passou a admitir a validade dos regulamentos administrativos autônomos necessários à implementação de direitos fundamentais ou à aplicação de vedações contempladas constitucionalmente”.

Portanto, haveria hipóteses em que as normas jurídicas não, necessariamente, pertenceriam às leis formalmente constituídas, por um processo legislativo de rigidez constitucional. Porém, possuiriam a mesma relevância jurídica (eficácia), pois implementariam direitos fundamentais e aplicariam vedações constitucionais.

Já o Superior Tribunal de Justiça, em sua jurisprudência, passou a entender que:

Com o advento da Constituição da República de 1988, foi ampliado o conceito da legalidade, sob o prisma axiológico. Dentro desse conceito amplo de legalidade, a atividade administrativa deve estar pautada nos princípios gerais de direito e nos princípios constitucionais, sob pena de ser considerada ilegal, por não atender aos fins públicos colimados no Estado Democrático de Direito (RMS 16.536/PE, 6ª T., trecho do voto do rel. Min. Celso Limongi, Des. convocado do TJSP, j. 02.02.2010, DJ 22.02.2010).

Nota-se que o conceito de legalidade administrativa passou a incorporar 1) os Princípios Gerais do Direito, 2) os Princípios Constitucionais, 3) além dos fins públicos advindos do Estado Democrático de Direito.

Afinal, qual seria o alcance do Princípio da Legalidade? De que **lei** e de que **finalidade** se utilizaria como vetor?

Diríamos que, de alguma maneira, vem-se reconhecendo a necessidade de ampliação do alcance do Princípio da Legalidade Administrativa, ainda que não se apresente de uma forma clara essa necessidade, o fato é que o Direito não conseguiria ignorar o atual pluralismo jurídico<sup>33</sup>.

Nessa linha, sem enfrentar, ainda, a questão da lei e da finalidade, já seria inicialmente, ao nosso ver, possível sugerir três premissas ampliativas do alcance do Princípio da Legalidade Administrativa:

i) na atualidade, o Estado teria assimilado uma *função conjuntural normativa* e administraria as normas jurídicas dos três Poderes constituídos, o que modifica a significação clássica de divisão de poderes consubstanciada em Montesquieu – a função administrativa encontra-se dentro dos três Poderes;

ii) as normas sociais gestadas no ambiente a ser regulado ou quase-normas, que permitem a comunicação do direito estatal com o direito periférico, integrariam o conceito de lei para o Princípio da Legalidade Administrativa, especialmente no campo da regulação jurídica;

iii) a finalidade legal também poderia ser vista como um processo de *controle jurídico da autorregulação social*, porquanto o seu conteúdo, em alguns momentos, deveria ser buscado em uma relação dinâmica entre sistema-ambiente (fechamento-abertura-reconhecimento), especialmente quando o agente público estivesse lidando com a discricionariedade administrativa – uma maior abertura às escolhas públicas ou políticas.

---

<sup>33</sup> O atual *pluralismo jurídico* é formado por sistemas não-lineares constituídos em redes, assimétricos, abertos e multidisciplinares, que levam a uma grande instabilidade e variabilidade na seleção de diretrizes políticas teleológicas e utilitaristas, deve orientar-se e vincular-se aos *princípios em um processo argumentativo em que se procure justiça e coerência*” ( LOPES, 2018, P. 317).



Diante dessas três premissas, o conceito de lei precisa, por sua vez, alterar-se significativamente. Do contrário, o Princípio aparenta não alcançar nem mesmo os subsistemas internos do Direito, quiçá teria a capacidade de influenciar a dinâmica de outros sistemas sociais.

E para nós, a modulação de outros sistemas sociais, por meio de interferência indireta e diferida, seria conduzida também por princípios. Entendemos que, de certa forma, a lei auxiliaria na reafirmação do conteúdo dos direitos fundamentais através dos sistemas sociais autônomos (*reflexividade medial*).

Arriscaríamos dizer, nessa linha argumentativa, que a lei contemplada no Princípio da Legalidade Administrativa, não seria mais somente aquela que emana de um *ordenamento jurídico oficial, formal e centralizado*.

Trazendo o conceito de Gunther Teubner (2005), a lei ou as normas jurídicas (JUSTEN, 2016, p.71) passam a ser, especialmente, *campos sociais de ação*, possuindo *natureza de estruturas subsistêmicas específicas com sentido próprio*.

Não é que se abandone a lei produzida pelo parlamento em um processo legislativo constitucional formal, porque estaria comprometendo, em tese, a soberania popular, fundamento do Estado Democrático de Direito, mas estaríamos ampliando o seu conteúdo e abrangência, sob uma perspectiva sistêmica.

E isso quer dizer que a lei (vista como campo social de ação) passa a permitir que:

- i) o princípio irradie, para fora do sistema jurídico, uma gama de orientações que intensificará a relação dinâmica de autorreferencialidade e ambiente (do sistema jurídico), auxiliando na criação de *estruturas de reflexão*;
- ii) realize o controle social contido ou indireto (intervenção reflexiva e reduzida) de outros sistemas sociais autônomos, direcionando a formação de *procedimentalizações* (legítimas).

O Princípio da Legalidade Administrativa, portanto, com a nova abrangência da lei, desprender-se-ia do mero campo da conceitualização e da estruturação

(verticalidade) para passar a atuar como vetor promotor de *procedimentalizações e transformações dinâmicas intrassistêmicas* (horizontalidade), preservando a autonomia e o equilíbrio do sistema jurídico (e além, a sua própria autopoiese).

Também o conceito de finalidade da lei, que comporia o Princípio (JUSTEN, 2016), poderia passar a ser definido através da mesma relação dinâmica entre sistema-ambiente (fechamento-abertura-reconhecimento) – *na perspectiva intersistêmica*.

Ou seja, o Princípio da Legalidade Administrativa, funcionando como *atrator de elementos externos* e como *instrumentalizador da atualização intrassistêmica*, permitiria a própria atualização da finalidade pública do preceito normativo (dentro do sistema jurídico), a depender da sua necessidade de legitimação.

Interessante notar que Celso Antônio Bandeira de Mello (2019) entende que, dentro do conceito de legalidade, encontrar-se-á a ampla responsabilidade administrativa. Afirma que não somente a ilegalidade merece reparos, mas a legalidade excessiva também geraria efeitos compensatórios.

Em outras palavras, não apenas a imposição unilateral de normas pelo Estado é tratada no campo da legalidade, como também as consequências da aplicação da lei.

E, ao tratar de consequências, abre-nos a possibilidade de partir para uma terceira perspectiva do Direito - *a perspectiva modulatória*. É que, no nosso entender, as consequências de aplicação da lei diriam mais respeito ao campo social e aos sistemas sociais autônomos, do que ao próprio sistema jurídico.

Dessa perspectiva, seria possível entender o Princípio da Legalidade Administrativa também como vetor-influenciador de outros sistemas sociais autônomos, através, especialmente, da tarefa de identificação das chances de intervenção eficaz no sistema, considerando as condições marginais, o que foi chamado de *modelagem jurídica*.

Em outras palavras, o Princípio da Legalidade Administrativa poderia direcionar outros sistemas sociais a gerar, entre outras utilidades, bens de utilidade pública.

De forma instrumental, funcionaria, na perspectiva modulatória do Direito, como vetor para construções de modelos legais ajustáveis à necessidade de reequilíbrio/estabilização dos demais sistemas sociais.

E aqui, bem nesse ponto, abrir-se-ia um novo leque para se discutir até que ponto e de que forma o Direito absorveria o impacto da legalidade na composição do código lícito/ilícito, dentro da lógica dos sistemas sociais.

Afirmamos que a autopoiese movimenta-se para a preservação da *autorreferência basal (legalidade)*, *reflexividade (constitucionalidade)* e *reflexão (legitimidade)*, como momentos constitutivos da reprodução operacionalmente fechada do sistema jurídico (NEVES, 2001, p. 260, tradução própria). E que atua, por sua vez, através de critérios e programas de subsistemas funcionais diferenciados, procurando reduzir os graus nocivos de *sub-integração e sobre-integração sociais*, em prol da estabilização dos sistemas sociais autônomos (NEVES, 2001, p. 260, tradução própria).

Apontamos, também, que o atual *pluralismo jurídico* formado por sistemas não-lineares constituídos em redes, assimétricos, abertos e multidisciplinares, que levam a uma grande instabilidade e variabilidade na seleção de diretrizes políticas teleológicas e utilitaristas, deve orientar-se e vincular-se aos “princípios em um processo argumentativo em que se procure justiça e coerência” (LOPES, 2018, P. 317); e que além das questões relacionadas à justiça e à coerência, o direito deverá trabalhar com o *problema do autoentendimento* e da *compensação de interesses* (HABERMAS, 2012, vol. I p.194).

Portanto, dentro dessa perspectiva sistêmica, parece-nos ser possível entender que, ainda que quem confira a autonomia ao sistema jurídico seja o código lícito/ilícito (NEVES, 2016, p. 150), o Princípio de Legalidade Administrativa ao ser ressignificado à luz das três perspectivas jurídicas do Direito, reafirma a ideia de que o trabalho intrassistêmico de produção de conteúdo normativo lida com um ambiente calcado na *cultura legal das incertezas* e com o *manejo situacional-tópico* (LUHMANN *apud* NEVES, 2001,

p. 249, tradução própria) e, portanto, de conteúdo variável e adaptável, desde que o poder político desenvolva-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais (HABERMAS, 2012, vol. I , p. 171-172).

Talvez fosse até preciso que o Direito, no campo da Legalidade Administrativa, desenvolvesse racionalidades baseadas em constatações empíricas, que permitiriam a diferenciação e a suplementação sistêmica e, portanto, a maior efetividade do próprio Direito em suas respostas.

Mas é fato que, no nosso entender, o sistema jurídico, hoje, não mais se sustenta através de um Princípio da Legalidade Administrativa que restrinja a função administrativa à mera criação de atos sub-legais ou à concreção dos fatos às normas (incluindo finalidades) pré-existentes.

Parece-nos ser preciso desenvolver uma racionalidade interpretativa/discursiva que vai muito além da *construção de meras soluções petrificadas em instrumentos normativos perenes*. É preciso abertura instrumental para atualização de conteúdo jurídico, como visto.

A própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em recente alteração legislativa, passou a afirmar que:

- i) nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão;
- ii) na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados;
- iii) eventuais compromissos buscarão solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais.

Nessa linha argumentativa, diríamos que o Princípio da Legalidade Administrativa, no atual contexto, atuaria essencialmente como um vetor de *legitimação construtiva de abertura e interferência sistêmica*.

Isso quer dizer que, a legalidade, em última análise, seria confirmada também pela introdução de conteúdo social normativo e não somente pelo fechamento interno em clausura operacional.

O Estado Democrático de Direito estaria, a grosso modo, mais preservado por uma dinâmica discursiva de introjeção de conteúdo no sistema jurídico, conferindo eficácia à lei e à sua finalidade (legitimação), do que no fechamento do sistema em clausura operacional.

É o que nos diz os precedentes citados quando afirmam que haveria hipóteses em que as normas jurídicas não, necessariamente, pertenceriam às leis formalmente constituídas, por um processo legislativo de rigidez constitucional; porém, possuiriam a mesma relevância jurídica, pois implementariam direitos fundamentais e aplicariam vedações constitucionais.

Ou, quando defendem a incorporação dos Princípios Gerais do Direito, dos Princípios Constitucionais, além dos fins públicos advindos do Estado Democrático de Direito, no conceito de legalidade administrativa.

A ressignificação passaria, portanto, também pelo *aspecto instrumental do princípio*. Conferiria, ao nosso ver, estímulos à elaboração de modelos estratégicos, bem como à legitimação procedimental de outros sistemas sociais autônomos a partir da sua perspectiva jurídica.

As funções dos submodelos estratégicos de Gunther Teubner (1986, p. 304) também serviriam, de certa forma, ao Princípio da Legalidade Administrativa em seu aspecto instrumental. Seriam elas:

- i) o estabelecimento e a identificação de estruturas, funções sociais e tendências em desenvolvimento;
- ii) a promoção e a avaliação normativa e estabelecimento de objetivos estratégicos, por meio da averiguação dos propósitos da lei e das consequências legais e sociais dos seus preceitos;
- iii) a manipulação de dados e a ação estratégica a influenciar a reflexividade de outros sistemas.

A abertura do princípio, em última análise, parece auxiliar na construção de *uma racionalidade processual ética igualmente na lei e na política*, reafirmadora

de direitos fundamentais, nos termos dos ensinamentos de Habermas (2012), ainda que, de certa maneira, o código lícito/ilícito venha a se alterar, de forma dinâmica, na medida da atualização do próprio Direito, visto enquanto subsistema social autônomo, na Teoria dos Sistemas Sociais.

### 3.2 O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

Celso Antônio Bandeira de Mello (2019) assemelha o Princípio da Impessoalidade ao Princípio da Isonomia dentro do âmbito do direito público, de maneira que afirma ser veementemente intoleráveis favoritismos e perseguições. Para o autor, “simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos em interesses sectários de facções ou grupos de qualquer espécie” (MELLO, 2019, p.117). Portanto, as exigências constitucionais de concurso público (art. 37, inc. II, da CF/88) e de licitações públicas (art. 37, inc. XXI, da CF/88), por exemplo, decorreriam do seu vetor de alcance dentro da própria carta política.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018), em interessante abordagem, afirma que a impessoalidade, tal qual tratada como princípio da Administração Pública previsto na Constituição Federal, possuiria duas facetas.

A primeira delas relacionada “à **finalidade** pública que deve nortear toda a função administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que deve nortear o seu comportamento”( DI PIETRO, 2018, p. 94).

Já a segunda diz respeito ao fato de que toda e qualquer produção administrativa deve ser imputada ao ente ou ao órgão público a que pertence o agente institucional, de forma que é vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades, devendo o atendimento ao interesse público ocorrer de forma objetiva ( DI PIETRO, 2018, p. 94).

Marçal Justen Filho (2016), por sua vez, aborda também o Princípio da Impessoalidade como sendo “uma faceta da Isonomia”, na medida em que “o conteúdo essencial do princípio reside em impedir que algum sujeito receba

tratamento mais vantajoso ou prejudicial do que o reservado para o restante da população. Ninguém pode ser dispensado de encargo ou receber vantagens em virtude de ter conquistado a simpatia ou ser destinatário da antipatia do agente estatal”(JUSTEN, 2016, p. 64).

O Princípio da Impessoalidade ganhou especial relevância na atualidade, porque, hoje, reconhece-se que muitos atos de corrupção são realizados não apenas com desvio de verba pública, mas especialmente através de favoritismos por meio da manipulação indevida do ente estatal ou de determinados setores públicos, que violam, de forma nem sempre explícita, a impessoalidade, mas comprometem significativamente direitos fundamentais.

É bem verdade que a impessoalidade diz muito sobre a relação Administração Pública e o particular e Administração Pública e seus agentes, mas não se pode deixar de reconhecer que a relação agente público e particular, conjuntamente com as demais, deve ser considerada nesse contexto.

No entanto, a despeito das relações notoriamente pessoais, a primeira proposta seria a de estender a abrangência do Princípio da Impessoalidade além do âmbito da pessoalidade, adotando uma perspectiva de *intersubjetividade*.

Pois bem, se possuo uma realidade muitas vezes alopoiética, repleta de sub-integrações e sobre-integrações, é porque há favorecidos e desfavorecidos em todos os setores. Existiria, como visto, um bloqueio na autopoiese não somente no sistema jurídico, como em outros sistemas sociais que, a despeito de funcionarem com uma lógica própria, dificultariam, nesse raciocínio, a promoção da integração social descentralizada.

E a não-observação do Princípio da Impessoalidade intensifica a desigualdade.

Para se ter, a grosso modo, a igualdade de tratamento – a grande bandeira do Princípio da Impessoalidade:

um pluralismo jurídico formado por sistemas não-lineares constituídos em redes, assimétricos, abertos e multidisciplinares, que levam a uma grande instabilidade e variabilidade na seleção de diretrizes políticas teleológicas e

utilitaristas, deve orientar-se e vincular-se aos *princípios em um processo argumentativo em que se procure justiça e coerência* (LOPES, 2018, P. 317).

Diríamos que, como função essencial, ele deve orientar, de forma objetiva, *a impessoalização de demandas e respostas públicas com a valorização e o reconhecimento técnico especializado*, inobstante a vedação a favoritismos e perseguições pessoais (inclusive de pessoas jurídicas e de entes despersonalizados).

Esse ponto é deveras significativo, porque, quando salto da *personalidade* para a *intersubjetividade*, permito, e aqui retornando às três perspectivas jurídicas (intrassistêmica, intersistêmica e modulatória), que o sistema jurídico, no setor público, seja orientado:

- i) a construir *mecanismos de imunização centrais sistêmicos*, que preservem a sua autopeiose, sem obstruções;
- ii) a *um controle jurídico da autorregulação social* pelo próprio Direito;
- iii) a promover a sincronia entre operações jurídicas e sociais, de modo a aprimorar conhecimentos jurídicos implícitos – valorização da *responsividade*.

Ou seja, o Princípio da Impessoalidade, traria a nós, a ideia de que não somente cabe ao Direito impedir favorecimentos e perseguições em uma postura de proibição, mas sobretudo, em um comportamento ativo, seria um vetor de direcionamento jurídico, caminhando para a promoção de um *relacionamento interdiscursivo* coerente e justo, calcado na *igualdade material*.

Sim, porque a sua função também nos parece ser a de esclarecimento de quais sub-integrações ou sobre-integrações seriam efetivamente nocivas à sociedade, merecendo o combate do sistema jurídico por seus meios da atuação legítimos (reflexividade normativa) .

Em síntese, a abertura seria da *personalidade à intersubjetividade*. Da *postura proibitiva passiva para o comportamento ativo interdiscursivo*.



Nessa linha argumentativa, o Princípio da Impessoalidade funcionaria também como vetor jurídico de direcionamento do *autoentendimento* pelo Direito e de estabilização de conflitos de interesses jurídicos de forma direta.

Em uma outra perspectiva, poderia funcionar como vetor de modulação das relações políticas e econômicas. Essa função se daria não de maneira direta como no Direito, porém de forma procedimental (diferida), sem interferir diretamente na produção das utilidades próprias dos demais sistemas sociais.

O Princípio da Impessoalidade reorientaria, por sua vez, não somente ações ilegais ou ilegítimas (não reflexivas), como também ações para a implementação ou melhoria da *autorregulação social sistêmica* do próprio Direito, mas, porque não, de todo e qualquer sistema social autônomo.

Tenderíamos a dizer que o Princípio de Impessoalidade realizar-se-ia melhor o seu propósito na medida em que fosse ampliando o seu alcance enquanto vetor de *impessoalização de demandas e respostas públicas*<sup>34</sup> com a *valorização e o reconhecimento técnico especializado*.

### **3.2.1 O que a Teoria Crítica de Axel Honneth (2003a) tem a ver com o Princípio da Impessoalidade**

A questão do reconhecimento em Honneth (2003a), a nosso ver, vem a conferir um vetor ampliativo não somente ao Princípio da Impessoalidade, como também, conforme se seguirá, ao Princípio da Moralidade Administrativa.

Trata-se, a grosso modo, de “uma teoria capaz de esclarecer como orientações normativas eticamente justificadas podem ser compatíveis com um pluralismo de valores e de formas de vida” (MELO & WERLE, 2013, p. 317).

A despeito da sua teoria se encontrar em construção, mais especificamente, quanto à influência sobre si das questões de *poder social e político*, ela já “possibilita entender de outra forma a questão da justiça. Uma das tarefas centrais da justiça social é proteger as vulnerabilidades dos indivíduos,

---

<sup>34</sup> “O Poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais” (HABERMAS, 2012, vol. I, p. 171-172).

permitindo-lhes a aquisição de um conjunto de capacidades para conduzir a própria vida e se autorrealizarem” (MELO & WERLE, 2013, p. 326).

Busca identificar *elementos estruturais* (HONNETH, 2003a, p. 273-274 *apud* MELO & WERLE, 2013, p. 326), em uma Teoria da Crítica da Justiça, que auxiliem na tarefa de “permitir que o indivíduo desenvolva um *senso interno de autonomia*, expresso nas relações positivas consigo mesmo (a autoconfiança, o autorrespeito e a autoestima) somente alcançáveis em relações de reconhecimento não distorcidas ou danificadas”.

Propõe, portanto, uma Teoria da Justiça consubstanciada no reconhecimento de cada identidade pessoal na sociedade, porém, a partir, das relações interpessoais, como condição para a efetiva autonomia<sup>35</sup>.

Afirma o autor que os direitos fundamentais, da forma em que se encontram na ordem constitucional vigente, não seriam, por si só, capazes de lidar com as vulnerabilidades dos seres humanos na sociedade, uma vez que é preciso levar em conta *as necessidades pessoais do outro*, em uma postura, como havíamos dito, positiva nas relações interpessoais de reconhecimento e de luta por reconhecimento<sup>36</sup>.

Segundo as linhas gerais do ‘liberalismo hegeliano’ de Honneth, portanto, uma teoria da justiça deveria satisfazer as exigências normativas presentes nos padrões de reconhecimento recíproco, ou seja, a autorrealização individual deveria ser assegurada por uma estrutura de direitos, liberdades e deveres – como querem os liberais – mas que não fosse abstratamente deduzida, e sim, efetivada num contexto ético intersubjetivamente compartilhado – como defendem os comunitaristas. É importante ressaltar que, em contextos plurais,

---

<sup>35</sup> O autor chega a defender que: “os atores econômicos devem ter-se reconhecido de antemão como membros de uma comunidade cooperativa antes de poderem atribuir-se reciprocamente o direito de maximizar seu lucro no mercado (HONNETH, 2011, p. 349 *apud* PINZANI, 2013, p. 307).

<sup>36</sup> “O atual mercado capitalista, contudo, não fomenta esta visão – pelo contrário: tende a isolar os indivíduos uns dos outros e a convencê-los de que a única coisa que conta é a maximização dos lucros individuais, não a satisfação das carências sociais. Isso leva os indivíduos a não assumir aquela atitude de confiança e benevolência que, já segundo Adam Smith, representa a condição necessária para o correto funcionamento do sistema” (HONNETH, 2011, p. 330 e s. *apud* PINZANI, 2013, p. 306).

não podendo haver um fundamento ético comum, seria necessário algum tipo de formação de acordos razoáveis (MELO & WERLE, 2013, p. 325).

É bem verdade que a grande crítica à Teoria de Honneth (2003a) é a de que haveria um déficit considerável no campo de *justificação* (FORST, 2010). A teoria não seria capaz de identificar com amplitude os fatores de determinação arbitrária da vontade, por meio de relações e estrutura de poder erradas, que comprometessem significativamente a autorrealização individual, a efetiva *autonomia*.

Porém, a despeito do fato de que i) uma condição necessária para obtenção da autoconfiança seria a participação real em relações pessoais de amor, ii) para a obtenção de autorrespeito seria necessário o envolvimento real do indivíduo em práticas democráticas, iii) e para a obtenção de autoestima seria indispensável uma acesso real nos projetos de uma comunidade de cooperação, o autor não descarta, entendendo inclusive como condição elementar para todas as “condições objetivas” da sua teoria, que é necessário haver um nível de renda que garanta que os meios de vida sejam assegurados (HONNETH, 2003a, p. 214 *apud* MELO & WERLE, 2013, p. 325, grifo nosso).

Ou seja, é justamente aqui que se daria a aproximação da sua teoria com o Princípio da Impessoalidade (especialmente na sua perspectiva ativa de vetor de direcionamento de redução de sub-integrações ou sobre-integrações), já que “os diversos padrões de reconhecimento representam as condições intersubjetivas que temos de pensar necessariamente quando queremos descrever as estruturas universais de uma vida bem-sucedida” (MELO & WERLE, 2013, p. 325, grifo nosso).

Para Honneth (2003a), tanto o “construtivismo” kantiano, quanto o procedimento hegeliano devem ser pensados a partir de uma “reconstrução normativa”:

a abordagem da teoria do reconhecimento (...) encontra-se no ponto mediano entre uma teoria moral que remonta a Kant e as éticas comunitaristas: ela partilha com aquela o interesse por normas mais universais possíveis, compreendidas como

condições para determinadas possibilidades, mas partilha com estas a orientação pelo fim da autorrealização humana (HONNETH, 2003a, p.271 *apud* MELO & WERLE, 2013, p. 318).

Com isso, centra a sua teoria no propósito de uma teoria da justiça voltada a diagnosticar as *patologias sociais de liberdade individual que orientam unilateralmente as teorias liberais da justiça* (MELO & WERLE, 2013, p. 318).

É nesse ponto que propusemos que também atue o Princípio da Impessoalidade como vetor: no diagnóstico, nas palavras de Marcelo Neves, das sub-integrações e sobre-integrações nocivas sob o ponto de vista sistêmico.

Nem sempre os sujeitos serão racionalmente capazes de reconhecer o ancoramento ético das práticas sociais, visto como uma patologia derivada das práticas sociais que, por vezes, em âmbitos institucionais da sociedade moderna, impedem que o indivíduo goze de sua plena liberdade (HONNETH, 2007 *apud* MELO & WERLE, 2013, p. 321-322).

Honneth apresenta críticas às justificativas liberais no que concerne aos fundamentos normativos de uma teoria da justiça (MELO & WERLE, 2013, p. 319):

- i) possui um conceito de liberdade individual que desconsidera seu contexto intersubjetivo de constituição;
- ii) apresenta uma orientação radicalmente individualista dos direitos;
- iii) revela um caráter parcial e inadequado da realização dos princípios normativos de justiça nas instituições da sociedade moderna.

E com isso propõe (HONNETH, 2007 e 2011b *apud* MELO & WERLE, 2013, p. 318):

- i) a necessidade de contrapor ao “construtivismo kantiano”(formulado por Rawls) a uma “reconstrução normativa” de tipo hegeliano;
- ii) vincular a preocupação de garantia de liberdades iguais típicas do liberalismo-igualitário à dimensão ética, ainda que complexa, da autorrealização individual;
- iii) fazer uma apropriação das questões normativas da justiça no quadro referencial da teoria crítica com o propósito de apontar os obstáculos e os

potenciais existentes em sociedades modernas para a realização da plena liberdade.

A sua teoria do reconhecimento é apontada como um “liberalismo hegeliano”, porque *reuniria os interesses de uma teoria moral kantiana com uma ética comunitarista*. Nessa linha, possuiria como objetivo, portanto (MELO & WERLE, 2013, p. 320-321):

- i) desenvolver uma teoria da justiça que especifique as condições intersubjetivas de autorrealização individual;
- ii) o afastamento de modelos abstratos e a aproximação de uma reconstrução das práticas e condições de reconhecimento estruturadas eticamente e por vezes consubstanciadas na empiria;
- iii) a construção da vontade livre dos sujeitos através de diferentes esferas intersubjetivas de autorrealização;
- iv) a identificação social das várias vulnerabilidades a que estariam sujeitos os indivíduos;
- v) a compatibilização dos elementos estruturais da ética com instituições e práticas constituídas eticamente.

Fechando, portanto, ainda para o autor “somente as condições sociais de autorrealização humana, mas não as suas finalidades mesmas devem ser salientadas normativamente” (HONNETH, 2000, p. 58 *apud* PINZANI, 2013, p. 300), uma vez que não entende o conceito de uma vida boa no sentido substancial aristotélico, isto é, *no sentido da realização de fins naturais próprios do ser humano* (HONNETH, 2000, p. 55 *apud* PINZANI, 2013, p. 300).

Todo o trabalho da teoria da justiça deve se ater a garantir os meios necessários a fim de que o indivíduo exerça a sua autonomia, mas a forma com que irá fazê-lo, é assunto restrito à sua liberdade pessoal.

Esse *caráter instrumental* nos leva à ressignificação do Princípio da Impessoalidade que deveria, nessa linha, orientar o desenvolvimento de mecanismos que não somente identifiquem privilégios ou perseguições desarrazoadas, mas sobretudo estimulem o desenvolvimento de estratégias de reconhecimento social – fariam brotar a autoconfiança, o autorrespeito e a

autoestima individual em um contexto intersubjetivo, buscando o desenvolvimento de projetos de cooperação na esfera pública.

Por isso, da importância de reconhecermos que o princípio permeia não somente as relações entre Administração Pública e seus agentes, a Administração Pública e os particulares, mas especialmente de seus agentes com os particulares.

Além de que deve ser reconhecido como vetor de direcionamento, como abordado, das três perspectivas jurídicas – *a intrassistêmica*, *a intersistêmica* e *a modulatória*, o que permite as mais variadas combinações de atores sociais com as perspectivas jurídicas discriminadas.

Posso ter uma relação entre a Administração e seus agentes, por exemplo, na perspectiva intrassistêmica do Direito ou uma relação entre a Administração Pública e os particulares na perspectiva modulatória ou sob a perspectiva intersistêmica e assim por diante.

E se para nós, seguindo Gunther Teubner (1986, p. 305), *uma lei regulatória é um mecanismo político de orientação social*, torna-se especialmente interessante em Honneth, retornando à sua teoria, a sua atualidade ao reconhecer que “um problema central para a teoria social crítica hoje é a questão de como pode ser construído o quadro categorial de análise que possa abarcar tanto as estruturas da dominação social, quanto os recursos sociais para a sua superação prática” (HONNETH, 1988, p. 381-382 *apud* BRESSIANI, 2013, p. 258, grifo nosso).

Para Honneth (1990, p.70 *apud* BRESSIANI, 2013, p. 262), “aquela dimensão da ação social por meio da qual convicções morais e orientações normativas se formam de modo independente é sistematicamente excluída”.

O autor afirma que a sua proposta é um desenvolvimento do projeto teórico de Habermas centrado na teoria da ação comunicativa ou melhor, no modelo de *ação de uma interação linguisticamente mediada*, todavia entende que é preciso ir mais além: não bastaria, segundo o autor, reconhecer como patológico apenas aquilo que bloqueia ou distorce os processos linguísticos na sociedade, mas também o que bloqueia socialmente a autorrealização pessoal em uma visão

para além dos sistemas económico e político-burocrático, bem como do mundo da vida, criados por Habermas em sua teoria (BRESSIANI, 2013, p. 264-265).

Contrariamente a Habermas, destaca, porém, que a base da interação social é o *conflito*, que gera a busca por reconhecimento, e não o *entendimento*.

É que Honneth (1994, p. 100-103 *apud* BRESSIANI, 2013, p. 271-273) pretende, com sua teoria não somente substituir *a pragmática universal habermasiana por uma concepção antropológica, que possa explicitar os pressupostos normativos da interação social em toda a sua extensão*, como também afirmar que *a injustiça está estruturalmente atrelada à violação de formas amplamente aceites de reconhecimento recíproco*, de modo que *toda a integração social dependeria de formas reguladas de reconhecimento recíproco*.

É aqui que também entraria, por sua vez, o Princípio da Impessoalidade, não apenas estimulando a elaboração de formas ou modelos regulados de reconhecimento recíproco a serem amplamente aceites, como também afastando injustiças sociais (perseguições ou favorecimentos desarrazoados) no reconhecimento do sujeito no seu meio social.

Honneth segue com sua teoria também influenciado por Foucault, na medida em que, muito embora discorde de que os conflitos sociais são sempre estratégias de readequação do poder, procura promover *uma construção normativa dos conflitos sociais, que aponte também a sua motivação moral*, categorizando as razões do conflito na sociedade (BRESSIANI, 2013, p. 227).

E reconhece o autor que, em *Crítica do poder*:

procura integrar os avanços da teoria social representados pelos escritos históricos de Michel Foucault no quadro de uma teoria da comunicação, se vê dependente de uma luta moralmente motivada, para qual os escritos hegelianos do período de Jena continuam a oferecer, com sua ideia de uma “luta por reconhecimento”, o maior potencial de inspiração (HONNETH, 1992, p. 23 *apud* BRESSIANI, 2013, p. 268).

Chega a construir os princípios de inclusividade e da individuação, que para o autor são *critérios normativos que permitem avaliar as relações comunicativas atuais, bem como reivindicações feitas por movimentos sociais* (BRESSIANI,

2013, p. 282). Entende-os como princípios da justiça que lhe permitiriam identificar patologias sociais de exclusão sem que, contudo, seja necessário o seu apontamento ou reconhecimento por quem a sofre.

Voltando ao Princípio da Impessoalidade, seria possível reconhecer que a *inclusividade* de Honneth vai sim na linha da equidade de tratamento dos sujeitos no âmbito das relações de direito público, no campo da intersubjetividade.

Assim como, quanto à individuação, diríamos que o Princípio da Impessoalidade não é, sobremaneira, *despessoalização*, mas, na linha da Teoria Crítica do Reconhecimento de Axel Honneth, poderia ser visto como *vetor de reconstrução normativa da intersubjetividade dentro de uma lógica de reconhecimento e lutas sociais, além de instrumento de identificação e tratamento de vulnerabilidades*, nos termos do que até então foi apresentado.

Retornamos, aqui, à nossa proposta de ampliação para reconhecer que o Princípio da Impessoalidade, ao nosso ver, nas perspectivas intrassistêmica, intersistêmica e modulatória destacadas, poderia, em síntese, funcionar como vetor de:

- i) impessoalização de demandas e respostas públicas;
- ii) valorização e reconhecimento técnico especializado;
- iii) reconstrução normativa da intersubjetividade dentro de uma lógica de reconhecimento e lutas sociais pelo reconhecimento (Teoria Crítica de Axel Honneth);
- iv) identificação/tratamento das vulnerabilidades sociais.

E, quando em atuação, teria maior incidência e efetividade na medida em que trabalhasse com categorias como i) elementos estruturais, ii) padrões de reconhecimento, iii) ancoramento ético das práticas sociais, iv) empiria, v) quadro categorial de análises, vi) formas reguladas e formas amplamente aceitas de reconhecimento social, vii) inclusividade e individuação, entre outras.

### 3.3 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A ética estuda como as pessoas devem administrar sua responsabilidade de viver bem, e a moral pessoal, o que cada



qual, como indivíduo, deve aos outros indivíduos. A moral política, por sua vez, estuda o que todos nós, juntos, devemos uns aos outros enquanto indivíduos quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial (DWORKIN, 2018, p. 500).

Nas Lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, “a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos” cuja violação implica em ilegalidade suscetível de invalidação (MELLO, 2019, p. 123-124).

O autor sustenta a moralidade administrativa sobre dois pilares: *a boa-fé e a lealdade*. Entende que, com base nesses dois *princípios*, a Administração não poderia agir nem de forma astuciosa, eivada de malícia, produzida de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos, tampouco poderia alterar orientações com a intenção de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões e estendê-las a fatos anteriores a sua emissão (MELLO, 2019, p.123).

Além de que, para o autor, o Princípio da Moralidade Administrativa ampliaria o leque de abrangência do Princípio da Legalidade Administrativa, uma vez que abarcaria não apenas a *norma moral social que trouxesse consigo um bem juridicamente valorado*, como também *valores morais advindos de normas jurídicas* (MELLO, 2019, p.124).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020), alerta para o fato de que, por outro lado, nem todos os administrativistas aceitam o Princípio da Moralidade Administrativa como um princípio autônomo desvinculado do Princípio da Legalidade Administrativa, uma vez que a compreendem como uma espécie de *legalidade quanto aos fins*, sendo a *imoralidade um mero desvio de poder* (DI PIETRO, 2020, p. 105).

A autora, no entanto, distanciando-se da legalidade, centra o Princípio da Moralidade Administrativa nas categorias da licitude e honestidade. Afirma que a moralidade administrativa não somente condicionaria o exercício de quaisquer poderes administrativos, inclusive o discricionário, vigorando no próprio ambiente institucional, mas além ampliaria o leque de abrangência do direito que, agora, também indagaria sobre *a consciência ou intenção de quem pratica o ato* (DI PIETRO, 2020, p. 106).

Também entende que no parágrafo único, inciso IV, do art. 2º da Lei 9.784/99, a lei estabelece três aspectos que indicariam, inclusive, a distinção entre a legalidade e a moralidade, a saber, *a probidade, decoro e boa-fé*.

E vai mais além, defende que além dos comportamentos ofensivos à moral comum serem violações também à moralidade administrativa, a relação do particular perante a Administração Pública deve ser, no mesmo contexto, avaliada à luz do Princípio da Moralidade Administrativa, porque podem violá-la, como, por exemplo o fazem, os conluíus nocivos ao interesse público em licitações públicas.

Para a autora, é possível que um comportamento do administrado ou da Administração, inobstante não viole a lei, seja imoral ao ofender *os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade, a ideia comum de honestidade* (DI PIETRO, 2020, p. 106).

a inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade do setor público. (...) o objetivo foi o de reconquistar o conteúdo axiológico do direito, perdido em grande parte com o positivismo jurídico (DI PIETRO, 2020, p. 1042).

Enquanto no sentido estrito, a legalidade exigiria obediência à lei, para a autora a moralidade requer a observância de regras de boa administração, atendimento ao interesse público, boa-fé, lealdade.

Concluindo: a legalidade estrita não se confunde com a moralidade e a honestidade, porque diz respeito ao cumprimento da lei; a legalidade em sentido amplo (o Direito) abrange a moralidade, a probidade e todos os demais princípios consagrados pelo ordenamento jurídico; como princípios, os da moralidade e probidade se confundem; como infração, a improbidade é mais ampla do que a imoralidade, porque a lesão ao princípio da moralidade constitui uma das hipóteses de atos de improbidade definidos em lei (DI PIETRO, 2020, p. 1043).

Já para Marçal Justen Filho (2016), o princípio da moralidade corresponde ao respeito à identidade, autonomia e interesse de terceiros, de modo que “nem

mesmo a invocação do bem comum ou do interesse público abstrato legitima a expropriação ardilosa de bens ou a destruição do interesse de um particular” (JUSTEN, 2016, p.65).

Tampouco a Administração poderia utilizar-se de subterfúgios desvinculados da boa-fé, do desconhecimento pelo particular, bem como da ausência de condições para exercício da sua defesa, com o intuito de se privilegiar ou favorecer.

O autor cita a faceta econômica da moralidade administrativa, afirmando que “não é válido desenvolver atividade administrativa de modo a propiciar vantagens excessivas ou abusivas para os cofres públicos ou para os cofres privados” (JUSTEN, 2016, p. 65).

Até hoje, como se pode notar, o Princípio da Moralidade Administrativa não apresenta uma definição precisa de seu conteúdo e abrangência. Muito se aborda em seu contexto, porém, a primeira impressão que fica é a de que a questão da moralidade caminhará sempre junto com a legalidade, para fins, ao menos, de invalidação de condutas injustas (imorais e ilegais).

O administrativista parece estar sempre buscando uma tipificação legal para anular um ato administrativo eivado de vício, o que se daria no campo da legalidade, ainda que de forma implícita ou reflexa, colocando em dúvida, em princípio, a independência de uma moralidade administrativa para o direito, como afirmou Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Mas a Constituição Federal de 1988 prevê a moralidade administrativa em dois artigos distintos da previsão do Princípio da Legalidade - no Art. 5º, LXXIII (ao tratar da ação popular) e no Art. 37 (enquanto princípio consagrado no *caput*).

Seguindo as reflexões de Giacomuzzi (2002), em “A Moralidade Administrativa – História de um Conceito”, o Art. 5º, LXXIII viria de uma influência francesa a partir de Hauriou (1856-1929)<sup>37</sup>, que criou a ideia, em síntese, de

---

<sup>37</sup> Era professor de Toulouse e construiu a famosa escola do Poder Público, em oposição à Escola do Serviço Público, esta fundada pelo seu contemporâneo Bordeaux, Léon Duguit. Foi um dos grandes juspublicistas franceses e criou a Teoria da Instituição (GIACOMUZZI, 2002, p. 293).

*controle de moralidade por desvio de finalidade ou de poder*<sup>38</sup>. O conceito de desvio de finalidade inserir-se-ia na ideia de *controlar os móveis de agir da autoridade administrativa* (GIACOMUZZI, 2002, p. 296).

Porém, a despeito de toda essa construção instrumental do direito para previsão da moralidade administrativa (CF/88 e Lei Federal), o fato é que, conforme dispõe José Guilherme Giacomuzzi (2002), ela seria “um subprincípio do Direito, todavia mais importante do que o princípio da legalidade por englobar também ideais de razoabilidade, proporcionalidade, interesse público, igualdade. A moralidade seria tudo, então, e nada”. (GIACOMUZZI, 2002, p. 297).

Aponta, criticamente, diante da jurisprudência que se seguiu em seu âmbito, uma “nebulosidade e falta de critérios racionais para apreender o real significado da moralidade administrativa” (GIACOMUZZI, 2002, p. 297), ainda que Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, tenha dito que a moralidade administrativa abarcaria não apenas a *norma moral social que trouxesse consigo um bem juridicamente valorado*, como também *valores morais advindos de normas jurídicas* (MELLO, 2019, p.124).

De toda sorte, Giacomuzzi (2002) destaca que, na sua visão, o desvio de finalidade é “o mais oculto dos vícios” e, portanto, o mais difícil de controlar, por isso, a despeito de todo esse arcabouço jurídico, verificamos corriqueiramente atos administrativos ou particulares que atingem a moralidade administrativa, porém não são desconstituídos.

Já com relação ao Art. 37 da nossa Constituição Federal de 1988, afirma o autor (2002, p. 300) que, também em uma razão historicamente fundamentada, em 1903, Hauriou (1856-1929) teria tratado pela primeira vez, em parceria com Guilherme de Bezin, em um artigo sobre “A declaração da vontade do Direito administrativo francês”, do papel que a boa-fé dos §§ 157 e 242 cumpriam no Código Civil do Direito Alemão (BGB).

---

<sup>38</sup> Esse conceito “nasce na França, com o caso *Lesbats*, de 1864, e é fruto da lenta e gradual elaboração do Conselho de Estado. O conceito de desvio de poder ganhou o mundo e chegou, como não poderia deixar de ser, ao Brasil, o que se deu, positivado, na Lei de Ação Popular, em 1965. É a Lei 4.717” (GIACOMUZZI, 2002, p. 296).

Seria a origem de ligação do Princípio da Moralidade Administrativa, agora previsto no Art. 37, *caput*, da nossa carta magna, com a ideia de que:

entendo que a principal – não a única – função da moralidade administrativa é veicular ao Direito Público o princípio da boa-fé, que vem do Direito Privado. A boa-fé objetiva principalmente, porque a subjetiva está consubstanciada na improbidade administrativa, prevista no § 4º do mesmo Art. 37 (GIACOMUZZI, 2002, p. 300).

E aqui, nessa ideia de boa-fé objetiva, uma clausura geral que tomou enormes proporções no direito privado, teria se ancorado o Princípio da Moralidade Administrativa para passar a ser previsto no Art. 37 da nossa Constituição Federal de 1988.

A história é deveras importante, ao nosso ver, para se buscar o significado do princípio. Permite-nos abordar alguns pontos iniciais relevantes, direcionando o seu significado dentro da nossa ideia, por sua vez, de conformidade sistêmica:

- i) fala-se em conformidade com princípios éticos, o que, para a Administração, implicaria 1) na vedação de atividade de forma astuciosa, eivada de malícia, produzida de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos e 2) na vedação de alteração de orientações do poder público com a intenção de a) sancionar, b) agravar a situação dos administrados, c) ou denegar-lhes pretensões d) e estendê-las a fatos anteriores a sua emissão (MELLO, 2019, p. 123-124);
- ii) trabalha-se não somente com 1) a *norma moral social que trouxesse consigo um bem juridicamente valorado*, 2) como também com *valores morais advindos de normas jurídicas* (MELLO, 2019, p.124);
- iii) o princípio mergulha na *consciência ou intenção de quem pratica o ato*, trazendo a ideia de desvio de poder suscetível de invalidação (DI PIETRO, 2020, p. 106) através do *controle dos móveis de agir da autoridade administrativa* (GIACOMUZZI, 2002, p. 296) e do particular (DI PIETRO, 2020, p. 106);
- iv) também a relação do particular perante a Administração Pública deve ser avaliada à luz do Princípio da Moralidade Administrativa (DI PIETRO, 2020, p. 106);

v) sob o ponto de vista do sistema econômico, “não é válido desenvolver atividade administrativa de modo a propiciar vantagens excessivas ou abusivas para os cofres públicos ou para os cofres privados” (JUSTEN, 2016, p. 65);

vi) ancora-se na boa-fé objetiva, clausura geral do direito, o que traria uma dificuldade relevante de definição de sua extensão performativa.

Ao prosseguir, tentaremos ir um pouco mais além, muito embora o que temos até agora já seja muito em termos de legitimação do próprio princípio enquanto vetor influenciador tanto da nossa perspectiva intrassistêmica do Direito, como intersistêmica e, além, modulatória.

Não há a pretensão de se resolver a árdua tarefa do fechamento conceitual e estrutural do princípio, se é que seria possível, mas de traçar algumas diretrizes relevantes ao reconhecimento de uma *moral crítica* um pouco além das clausuras gerais e ideias iniciais apresentadas que, digam-se de passagem, já são bem abrangentes e desafiadoras.

Vale lembrar, aqui, que não abandonamos as nossas ideias de que, considerando a dinâmica das três perspectivas jurídicas - intrassistêmicas, intersistêmicas e modulatórias - os *princípios*, para o sistema jurídico, funcionariam como:

- i) instrumentos de modulação de relações jurídico-institucionais de realidades com racionalidade e normatividade próprias dentro do sistema jurídico;
- ii) atratores de conteúdo do ambiente externo;
- iii) instrumentalizadores da atualização sistêmica;
- iv) moduladores da autopeiose de outros sistemas sociais autônomos.

E, a partir daqui, também reconhecemos que o Princípio da Moralidade Administrativa, assim como os demais e, especialmente os modelos estratégicos, poderiam funcionar como vetor de direcionamento:

- i) do estabelecimento e de identificação de estruturas, funções sociais, bem como tendências em desenvolvimento relevantes ao sistema jurídico, sobretudo no campo da eticidade;

- ii) da promoção da avaliação normativa e do estabelecimento dos objetivos jurídicos estratégicos, por meio da averiguação dos propósitos da lei e das consequências legais e sociais dos seus preceitos;
- iii) da manipulação de dados e de ações estratégicas do direito sobre si (de forma direta) e sobre os demais sistemas sociais (de forma indireta) (TEUBNER, 1984, p 304).

Ainda assim, parece-nos que ficaríamos com uma imensidão de conceitos, ideias e instrumentos a tratar dentro do Princípio da Moralidade Administrativa. Portanto, entendemos necessário fazer um recorte maior, uma aproximação redutiva a ponto de se permitir a construção de um raciocínio passível de oferecer um caminho vetorial de legitimação ao presente princípio.

Pois bem, Marcelo Neves (2013, p.39-41), analisando a distinção entre princípios e regras, consubstanciado em Luhmann (1987), quem define quatro níveis de abstração das expectativas de comportamento<sup>39</sup>, dispõe que:

No plano do direito, isso significa que os valores que eventualmente norteiam o sistema jurídico só têm significado prático se são incorporados seletivamente a normas jurídicas, transformando-se a complexidade indeterminada (valorativa) em complexidade determinada (programada)(NEVES, 2013, p. 40).

Para Luhmann (1987 apud NEVES, 2013, p.40), os programas do sistema jurídico são basicamente normas com finalidades e valores, todavia estão contidas não apenas em regras jurídicas, mas também substancialmente em princípios.

E isso quer dizer que os programas podem conter princípios e regras, que se refiram imediata, direta e explicitamente a valores e fins (NEVES, 2013, p. 41).

A nossa pretensão é a de, justamente, desenvolver o Princípio da Moralidade Administrativa dentro dessa *complexidade determinada ou programada* (LUHMANN, 1987).

---

<sup>39</sup> Luhmann entende que há quatro níveis de abstração dos valores: “uma pessoa concreta”, “um papel determinado”, “determinados programas (fins e normas)” e “determinados valores”(LUHMANN, 1987b, pp. 85-93 *apud* NEVES, 2013, p. 39).

Isso porque, as normas (regras e princípios) deteriam uma construção de “se-então”, o que não existiria no campo puramente dos valores, que seriam incapazes de promover operacionalizações ou realizações jurídicas ou políticas por si sós. As normas que detêm regras e princípios já apresentariam a previsão da ação ou omissão e a consequência ou resultado (fim), diferente dos valores (NEVES, 2013, p. 40-41).

Os valores, por sua vez, entrariam no sistema jurídico através de regras, como também de princípios, mas haveria uma *diferença na programação seletiva dos conteúdos valorativos*: a maior ou menor elasticidade do código “se-então”- os princípios seriam bem mais elásticos do que as regras jurídicas (NEVES, 2013, p. 41).

E como temos visto, funcionariam não somente como vetores, mas influenciariam modelos e interferências de forma mais complexa e ampla do que as regras. Também por isso que se diz que os princípios confeririam maior acesso aos conteúdos morais dos direitos fundamentais.

É, portanto, não com a sua dimensão meramente valorativa, mas no campo dessa complexidade programada ou determinada (LUHMANN, 1987), com um grau a menos de abstração que os próprios valores, que pretendemos desenvolver uma outra dimensão do Princípio da Moralidade Administrativa, sem, contudo, excluir o que até então foi construído pela doutrina ou jurisprudência.

Essa postura nos permitirá que o princípio incorpore conceitos mais concretos, como, por exemplo, o de integridade pública, no campo da eticidade, que chamaremos de democrática.

Para isso, optamos por seguir com a moralidade também pelos caminhos da Teoria Crítica de Axel Honneth, justamente pela atualidade do contexto de *intersubjetividade* na sociedade pós-moderna.

### **3.3.1 Um pouco mais do “Liberalismo Hegeliano” de Axel Honneth**

Como visto, o “Liberalismo Hegeliano” de Axel Honneth (2001) desenvolve uma teoria da justiça consubstanciada na autorrealização individual por meio de



direitos, deveres e liberdades (liberais), sem, contudo, deixar de efetivar-se num contexto ético intersubjetivamente compartilhado (comunitaristas) (MELO &WERLE, 2013, p.325).

Para o autor, inclusive, “em contextos plurais, não pode haver um fundamento ético comum, sendo necessário algum tipo de formação de acordos razoáveis”(MELO &WERLE, 2013, p.325).

Propõe uma teoria da justiça orientada pelo *conceito formal de eticidade democrática* (HONNETH, 2003a, p.269 *apud* MELO &WERLE, 2013, p.325).

Pretende a ampliação da moralidade para incluir “todos os aspectos que constituem o objetivo de um reconhecimento não distorcido e deslimitado” (HONNETH, 2003a, p.269 *apud* MELO &WERLE, 2013, p.325), o que significa integrar num mesmo quadro tanto a universalidade do reconhecimento jurídico moral da autonomia individual (moral kantiana), quanto a particularidade do reconhecimento ético da autorrealização pessoal (moral hegeliana).

Para se ter uma sociedade justa de indivíduos autônomos e bem realizados, que gozem de uma boa vida, é necessária a *proteção à infraestrutura do reconhecimento recíproco* (MELO &WERLE, 2013, p.326) – as relações de reconhecimento mais ou menos institucionalizadas que proporcionam o autorrespeito, a autoconfiança e a autoestima. Seria indispensável a *valorização ética da autorrelação prática do indivíduo*, além da não interferência indevida em seus direitos civis, políticos e sociais (MELO &WERLE, 2013, p.327).

Já seria possível adiantar, portanto, que o Princípio da Moralidade Administrativa, ampliando o seu alcance, poderia influenciar não somente no impedimento ou na invalidação de práticas que tragam, por exemplo, ao particular ou à Administração vantagens ou desvantagens excessivas ou abusivas de forma combativa, mas especialmente, atuar sob uma outra perspectiva preventiva e legitimadora - auxiliar na promoção da *infraestrutura do reconhecimento recíproco*, através do direcionamento de modelos estratégicos.

Também, nas três perspectivas jurídicas (intrassistêmica, intersistêmica e modulatória), poderia direcionar a *valorização ética da autorrelação prática do*

*indivíduo* – atuaria na constituição de uma eticidade prática baseada, como dito, em relações de reconhecimento mais ou menos institucionalizadas.

Com isso, por exemplo, a instrumentalização da atualização sistêmica até realmente passaria pelo controle *dos móveis de agir da autoridade administrativa*, evitando o desvio de poder, mas tomaria uma perspectiva intersubjetiva de identificação e redução das vulnerabilidades sociais, dentro de uma eticidade democrática. A nós nos parece que, atualmente, se fosse escolher uma só função ao Princípio da Moralidade Administrativa, esta de construção de uma eticidade democrática estaria bem adequada dentro da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, porque se centraria em uma forma pós-tradicional de eticidade:

Honneth coloca como exigência da justiça que, além de evitar a discriminação arbitrária dos outros, ela também leve em conta as reivindicações e necessidades concretas das pessoas no sentido de uma *valorização positiva do outro* (MELO & WERLE, 2013, p.328).

Nesse contexto, o Princípio da Moralidade Administrativa parece que também teria como função procurar evitar as formas de dominação sociais ou políticas, eliminar patologias sociais, o aumento de vulnerabilidades, ou ainda, nas palavras de Marcelo Neves (2001), sub-integrações e sobre-integrações nocivas à sociedade.

O Princípio da Moralidade Administrativa precisaria ser visto de uma perspectiva intersubjetiva. Por esse motivo, no nosso entender, ainda que de forma intuitiva, teria havido a incorporação da clausura geral da boa-fé objetiva no âmbito público, com suas peculiaridades instrumentais, inclusive.

Nesse contexto, seguem Melo e Werle (2013, p. 323) com base em Honneth (2007, p. 110):

A esfera da eticidade deve abranger, portanto, uma série de ações intersubjetivas nas quais os sujeitos podem encontrar tanto a realização individual quanto o reconhecimento recíproco, e a conexão entre esses dois elementos tem de ser representada de tal forma que possamos entendê-los como

“formas de interação social nas quais um sujeito somente pode alcançar a autorrealização se ele expressar, de um modo determinado, reconhecimento em face do outro (grifo nosso).

E esse argumento tanto pode pertencer a uma moralidade individual, quanto a uma moralidade administrativa, sendo possível levá-lo às relações de poder do Estado.

Fala-se, portanto, em uma eticidade que parta de *práticas de interações intersubjetivas* e promova a *medição da realização individual a partir de formas de socialização* (MELO & WERLE, 2013, p.323).

A esfera de eticidade, para Honneth, possuiria *formas determinadas de reconhecimento recíproco*, que permitiriam a reafirmação da autonomia, no âmbito da família, da sociedade civil e do Estado (MELO & WERLE, 2013, p.323).

A partir desse raciocínio, compreende as condições de injustiça como formas de patologias da liberdade individual. Para o autor, a realização incompleta ou insuficiente da liberdade em âmbitos institucionais da sociedade moderna pode impedir que sujeitos reconheçam o ancoramento ético das práticas sociais (HONNETH, 2007 MELO & WERLE, 2013, p.322).

“Não se trata mais de deduzir abstratamente princípios normativos de justiça que regulariam as relações sociais, mas sim lançar mão de uma “reconstrução normativa” em que as *práticas morais plenas de conteúdo* compõem a estrutura efetiva de sociedades modernas”(MELO & WERLE, 2013, p.323, grifo nosso).

Esse apresenta-nos como um ponto crucial. Portanto, se assim o é, parece-nos fazer todo sentido que o Princípio da Moralidade Administrativa penetre no campo dessas práticas morais não apenas estruturantes da sociedade, como também formatadoras do reconhecimento recíproco, determinantes para a formação da plena liberdade individual e o faça conduzindo modelos (jurídicos) estratégicos.

Diríamos que, por sua vez, o sistema jurídico poderia até adotar, como já inclusive é feito, categorias como desvio de poder e boa-fé objetiva para compor

o Princípio da Moralidade Administrativa, mas desde que o fossem como instrumentos de formação de uma eticidade democrática, no campo do reconhecimento recíproco na sociedade, nos termos honnethiano.

esse conceito formal de eticidade pretende ser uma ampliação da moralidade no sentido de integrar em um mesmo quadro tanto a universalidade do reconhecimento jurídico moral da autonomia individual quanto a particularidade do reconhecimento ético da autorrealização pessoal (MELO & WERLE, 2013, p.32, grifo nosso).

Talvez fosse possível afirmar, em decorrência do raciocínio até aqui apresentado, que o Princípio da Moralidade Administrativa legitimar-se-ia na medida em que a sua eticidade democrática caminhasse no sentido da intensificação da identificação do *núcleo normativo inerente aos padrões de reconhecimento* (BRESSIANI, 2013, p. 287) e trabalhasse com ele nas três perspectivas abordadas especialmente no capítulo 1.

Seria de extrema importância, por sua vez, que as relações de reconhecimento não fossem distorcidas, porque, para Honneth, as relações de reconhecimento são de alta relevância para a formação das *expectativas morais de comportamento do indivíduo em interação social* – na perspectiva intersubjetiva (BRESSIANI, 2013, p. 272). A partir dessas expectativas morais, seria possível a identificação das experiências de injustiças atreladas, em grande escala, à violação das formas amplamente aceitas de reconhecimento recíproco – à *eticidade democrática*.

E se para Honneth (2003b, p. 282 *apud* BRESSIANI, 2013, p. 273), “toda a integração social depende de formas reguladas de reconhecimento recíproco”, também seria papel do Princípio da Moralidade Administrativa, porque não, conduzir essa regulação, presente na normatividade jurídica (LUHMANN, 1987), seja, em uma perspectiva sistêmica, atraindo conteúdo do ambiente externo, seja instrumentalizando a atualização sistêmica, ou mesmo interferindo e modulando outros sistemas sociais autônomos de forma indireta.

Entendemos que as teorias sistêmicas poderiam dialogar ou se aproximar da teoria do reconhecimento de Axel Honneth, porque ambas pregariam, a

grosso modo, também uma certa estruturação da sociedade através do sistema jurídico (normatividade) – uma teoria da justiça crítica.

E isso seria possível especialmente porque, na teoria honnethiana, são essas normas internalizadas que informam em grande parte ao sujeito “quais são as expectativas que ele pode dirigir legitimamente a todos os outros, assim como quais obrigações que ele tem que cumprir justificadamente em relação a eles” (HONNETH, 1992, p.135 apud BRESSIANI, 2013, pp. 272-273), o que, para nós, revelariam uma *eticidade reflexiva* com relação aos sistemas sociais autônomos, com potencial de modificar a sua lógica de funcionamento, altamente relevante.

Por fim, para confirmar a nossa linha de raciocínio, interessante citar o conceito de integridade pública desenvolvido pela a OCDE<sup>40</sup>:

Integridade Pública é “o alinhamento consistente e a aderência a valores éticos compartilhados pela sociedade – princípios e normas para garantia e priorização dos interesses públicos diante dos interesses privados no setor público”.

Parece-nos que o conceito de integridade pública decorre de todo o raciocínio até então despendido, pois comungaria da mesma linha argumentativa ao apontar para alinhamento e aderência a valores ético-sociais dentro de uma perspectiva de atendimento ao interesse público.

Como resultado de todo o nosso raciocínio, entendemos que a integridade aflora justamente em um ambiente de intersubjetividade - campo propício, a nosso ver, para uma ampliação do Princípio da Moralidade Administrativa, que poderia também funcionar, por sua vez, como vetor da:

- i) proteção da infraestrutura do reconhecimento recíproco;
- ii) valorização ética da autorrelação prática do indivíduo;
- iii) medição da realização individual a partir de formas de socialização;
- iv) valorização positiva do outro;

---

<sup>40</sup> OECD Recommendation of The Council of Public Integrity. <http://www.oecd.org/gov/ethics/Recommendation-Public-Integrity.pdf>.

- v) reconstrução normativa através de práticas morais com amplo conteúdo;
- vi) identificação e valorização do núcleo normativo inerente aos padrões de reconhecimento;
- vii) regulação das formas de reconhecimento recíproco.

Em síntese, a abertura da moralidade administrativa no sentido de abarcar uma *eticidade democrática* no campo da intersubjetividade parece-nos ser o caminho para uma possível ressignificação do Princípio da Moralidade Administrativa.

Essa releitura permitiria, ao nosso ver, uma construção dinâmico-normativa de uma *moralidade crítica*, no campo do direito público, não somente na perspectiva jurídica intrassistêmica, como também nas demais - intersistêmica e modulatória, reafirmando a própria legitimidade e autonomia do princípio.

E, isso, independeria de entendermos ou não que “em contextos plurais, não pode haver um fundamento ético comum, sendo necessário algum tipo de formação de acordos razoáveis” (MELO & WERLE, 2013, p.325).

### 3.4 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2019), o Princípio da Publicidade consagraria o dever administrativo de manter a plena transparência em seus comportamentos, incluindo os planos de governo e a forma de implementá-los (MELLO, 2019, pp. 118-119).

Teria como fundamento constitucional no artigo 5º, incisos XXXIII (direito à informação), XXXIV, “b” (direito à certidão), LXXII (*habeas data*) e como exceções as previstas nos artigos no artigo 5º, incisos XXXIII (segurança nacional, intimidade predominante) e 173 (sigilo empresarial e competitividade de mercado).

como a Administração Pública tutela interesses públicos, não se justifica o sigilo de seus atos processuais, a não ser que o próprio interesse público assim determine, como, por exemplo, se estiver em jogo a segurança pública; ou que o assunto, se

divulgado, possa ofender a intimidade de determinada pessoa, sem qualquer benefício para o interesse público (DI PIETRO, 2020, p. 101).

Prevê, portanto, uma necessária combinação entre o inciso LX (exceções - a defesa da intimidade ou em razão do interesse social) e o inciso X (inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas), incisos XI (inviolabilidade do domicílio) e XII (sigilo da comunicação), todos do artigo 5º da Constituição Federal. Ainda, no âmbito constitucional, a autora faz menção ao inciso XIV, que assegura o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Para Di Pietro, os conflitos entre os direitos resguardados pelos dispositivos são inevitáveis, o que exigiriam a observância de três regras fundamentais – a necessidade, adequação e proporcionalidade (em sentido estrito):

Por outras palavras, a medida pode trazer o mínimo de restrição ao titular do direito, devendo preferir os meios menos onerosos (regra da necessidade; deve ser apropriada para a realização do interesse público (regra da adequação); e deve ser proporcional em relação ao fim a atingir (regra de proporcionalidade em sentido estrito)(DI PIETRO, 2020, p. 101).

Marçal Justen Filho (2016), ao tratar do princípio da publicidade, esclarece, no seu entender, que:

a publicidade desempenha duas funções complementares. Por um lado, assegura a todos o poder de obter informações relativamente a ações e omissões praticadas por agentes estatais e não estatais, quando na gestão de recursos públicos. Por outro lado, a garantia de conhecimento por quaisquer terceiros é um fator de desincentivo à prática de atos reprováveis, eis que elevada à possibilidade de que as práticas reprováveis sejam reveladas (JUSTEN, 2016, p.65).

A nosso ver, diante especialmente do arcabouço traçado pela Constituição Federal de 1988 acerca do direito à informação, diríamos, em um primeiro momento, que a ressignificação do *princípio da publicidade* parte do

reconhecimento, como regra, do *direito à transparência administrativa* para alcançar a plenitude do *direito à explicação administrativa*:

E, pois, partindo de uma avaliação semelhante da conjuntura atual, que tanto o pensador alemão quanto Balle concluem estar a liberdade de informação dependendo, nos dias de hoje, da realização de um processo permanente de tradução das informações oriundas do Estado para termos inteligíveis para o homem comum. [...] O direito *de ser informado*, nos fins do século XX, não pode deixar de implicar também um *direito à explicação*, sob pena de perder sua própria razão de ser. (SEELAENDER, 1991, p. 147 apud HOMERCHER, 2011, p.386, grifo nosso).

Como isso, o princípio legitimar-se-ia na esteira de uma *democracia participativa* consubstanciada no *controle social das políticas públicas*, por meio de publicações de dispositivos não somente legais e jurisprudenciais, ou mesmo de meras decisões administrativas, como também através de gráficos, notificações, pontos de informações, consultas, avisos, comentários prévios, opiniões de terceiros, acordos, apoios, apelos ou pedidos, relatórios, sínteses, pareceres, despachos, entre outras tantas infinitas modalidades de comunicação possíveis, especialmente com a revolução tecnológica que disponibilizou instrumentos virtuais de aprimoramento dessa comunicação em redes.

Como expressão da cidadania, Evandro Homercher (2011, p.383), em seu artigo científico *O Princípio da Transparência e a Compreensão da Informação*, vai mais além, ainda, ao afirmar que:

tal necessidade de visibilidade das ações administrativas, contemporaneamente, não se cinge, tão só, à publicação de atos legislativos, judiciais ou administrativos, mas se relaciona com novas formas de integração do cidadão nas ações estatais, para conformação da realidade social (HOMERCHER, 2011, P. 383).

Nota-se, nessa realidade de releitura social do papel do Estado, a intensificação de audiências e consultas públicas prévias por parte do poder público a fim de definir diretrizes, primordialmente, políticas, jurídicas e econômicas de atuação.



Essa nova roupagem, traria, em síntese, à tona o conceito de *democracia administrativa*, extremamente pertinente, ao nosso ver, no contexto do Princípio da Publicidade:

Quanto à ideia democrática, ela não pode deixar de implicar a realização da democracia administrativa a que corresponderá a cidadania administrativa, tradução para o plano da Administração do direito de participação e do conhecimento da atividade pública que o cidadão há muito usufruiu no plano político e que já estava ínsito no Art.º 15º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (CONDESSO, 1995, p. 55 *apud* HOMERCHER, 2011, p.379).

A questão destaca-se justamente porque seria perante essa realidade de ampliação consciente da participação social em assuntos de governo e na definição de políticas públicas relevantes a toda a coletividade, que, com certa naturalidade e de forma gradual<sup>41</sup>, é possível notar um movimento da publicidade à transparência e da transparência à explicação e compreensão da informação relevante, nos mais diversos setores da sociedade e diante dos mais variados papéis institucionais presentes atualmente no arranjo estatal do país.

E há uma tendência não somente local, como também mundial nesse sentido. O tratado de funcionamento da União Europeia, em seu artigo 15, item 1, por exemplo, estabelece que: “a fim de promover a boa governação e assegurar a participação da sociedade civil, a atuação das instituições, órgãos e organismos da União pauta-se pelo maior respeito possível do princípio da abertura” (UNIÃO EUROPEIA, 2010, p. 54, grifo nosso).

---

<sup>41</sup> “En los últimos años se ha producido un movimiento de apertura de las Administraciones públicas hacia los ciudadanos y ciudadanas con el que se ha roto su tradicional secreto. Este fenómeno, es decir, la posibilidad de poder ver qué pasa tras las puertas de las oficinas públicas, es conocido como “transparencia administrativa”. [...] Este proceso vino impulsado por las exigencias de incrementar la democracia y legitimación de la Administración pública. De esta forma, podemos considerar que a partir de los años 60 se produce una nueva actitud en los regímenes democráticos tendente a la transparencia en la actuación administrativa y, el particular, a la consagración del derecho de acceso de los ciudadanos a la documentación administrativa. A este proceso también se incorporó plenamente la Unión Europea en los últimos años de la década de los 80” (CERRILIO I MARTINEZ, 1998, p. 27-28 *apud* HOMERCHER, 2011, p.378 ).

Já a OMC (Organização Mundial do Comércio), por exemplo, tem reconhecido a função da transparência como fundamental no sistema multilateral de comércio internacional, permitindo uma ampliação da análise econômica, normativa e jurisprudencial e uma participação mais idônea, a partir de então, dos *traders* e Estados-membros. Trabalha, inclusive, com mecanismos de *transparência interna, externa e regulatória* dos mercados, o que passa, necessariamente, por uma função administrativa de reconhecimento e controle a partir do arcabouço de informações pertinentes apresentadas no contexto.

Com razão, portanto, os doutrinadores ao reconhecer o conteúdo do Princípio da Publicidade na gama de direitos fundamentais consubstanciados, especialmente, no direito de acesso à informação, especialmente porque refletem uma opção política de legitimação do Estado Democrático de Direito a partir de uma *democracia administrativa participativa* e no desenvolvimento, por via de consequência, de uma *cidadania administrativa*.

Para nós, o princípio da publicidade caminha, em um processo dinâmico e bem estruturado, como será visto, para a intensificação legitimadora tanto dessa democracia administrativa participativa, quanto dessa cidadania administrativa, ao promover, de forma sistêmica, através da transparência administrativa, o *direito à explicação administrativa* (compreensão e por sua vez, inclusão), proporcionando, assim, a ampliação do leque da participação popular nos assuntos e negócios de governo, bem como no direcionamento e resultados de políticas públicas, em prol de toda a coletividade.

Por isso, por exemplo, que, ao nosso ver, o Superior Tribunal de Justiça afirmou, em 2005, que:

[...] direito à informação é de natureza coletiva, titularizado pela sociedade, que o exerce primacialmente por intermédio da informação jornalística, que há de ser livre, essencial que é aos direitos fundamentais e à democracia (Ação Penal n° 388/DF, Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Data do Julgamento: 15 de junho de 2005. Data da Publicação: 26 de setembro de 2005, p. 160, grifo nosso).

Bem nesse ponto de desenvolvimento do princípio da publicidade, no âmbito da construção da transparência para a efetiva compreensão do conteúdo exposto, diríamos que ele funcionaria, *de forma instrumental*, como vetor de modulação de relações jurídico-institucionais de realidades com racionalidade e normatividade próprias dentro do sistema jurídico; vetor de atração de conteúdo do ambiente externo; vetor de instrumentalização da atualização sistêmica; e vetor de modulação da autopoiese de outros sistemas sociais autônomos.

Isso porque, na sua essencialidade, o princípio não somente convoca o cidadão a ser um parceiro na gestão das ações do poder público, como criou um ambiente para um exercício efetivo do controle social da administração pública. Mas a ideia de compartilhamento, no seu duplo sentido – gestão/controle – encontra-se ainda num estágio intermediário, pois uma assimilação plena das potencialidades derivadas da transparência tem como pressuposto a concreta possibilidade de formulação de juízos de valor sobre as ações estatais por parte do cidadão (HOMERCHER, 2011, p.388).

O Princípio da Publicidade, nessa linha, em uma perspectiva de democratização da informação, de transparência e esclarecimento, trabalharia, na esfera pública, com um manejo situacional-tópico, buscando não somente justiça e coerência, como também o autoentendimento e a compensação de interesses conflitantes. Ao nosso ver, atuaria na *regulação jurídica contextual* não apenas do sistema jurídico, como também dos demais sistemas sociais – mas sem deixar de promover *o controle jurídico da autorregulação social*. E isso, ao nosso ver, pode ocorrer, inobstante as suas peculiaridades, nas três perspectivas jurídicas – a intrassistêmica, a intersistêmica e a modulatória.

Diríamos, seguindo, que, para que a publicidade (transparência e compreensão do conteúdo) promova uma modelagem jurídica em prol do fortalecimento tanto de uma democracia administrativa, quanto de uma cidadania administrativa, é necessário que trabalhe com a ideia de *manejo situacional-tópico*, como afirmado.

O ordenamento jurídico brasileiro confirma essa constatação. Como podemos notar, ele dispõe de forma detalhada de vários microssistemas

jurídicos de regulação da transparência, em termos legais, entre eles os que entendemos mais relevantes:

- i) A Lei n° 12.527 de 18 de novembro de 2011, regula o acesso à informação, foi, inclusive, regulamentada no âmbito federal pelo Decreto n° 7.724 de 16 de maio de 2012 alterado pelos Decretos n° 9.690 de 23 de janeiro de 2019 e 9.781 de 3 de maio de 2019;
- ii) O *Habeas Data* previsto no artigo 5°, inc. LXXII que trata da informação relativa à pessoa, encontra-se regulamentado na Lei n° 9.507 de 12 de novembro de 1997;
- iii) A Lei n° 9.784/99 que dispõe sobre a publicidade no âmbito do processo administrativo, sob uma perspectiva agora predominantemente instrumental;
- iv) As Leis Complementares n° 101 de 4 de maio de 2000 e a de n° 131 de 27 de maio de 2009, que tratam da transparência da gestão fiscal do Estado, bem como do orçamento público especificamente;
- v) Agora, recentemente, a Lei Geral de Proteção de Dados de n° 13.709/18, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n° 12.965, de 23 de abril de 2014 ( que tratava do Marco Civil da Internet).

É possível perceber que, assim como outros microssistemas que regulam a transparência no âmbito internacional, nas relações de consumos, na prestação de serviços públicos, entre muitos outros, esses microssistemas da informação esmiúçam direitos em uma perspectiva material, desenvolvem procedimentos em uma postura formal (quando não somente tratam de procedimentos), mas sobretudo, em uma perspectiva reflexiva, enunciam expressamente a sua atualização de conteúdo material ou formal a partir de anseios e necessidades da sociedade.

São microssistemas especializados em busca do que acabamos por chamar de uma democracia administrativa (participativa) e de uma cidadania administrativa, voltadas à ampliação da capacidade de compreensão do conteúdo exposto ao público. Ao fundo, procuram estimular o controle social do Estado e de suas políticas, ainda que de forma diferida.

Essas especializações microssistêmicas dentro do sistema jurídico em busca de uma interação intersistêmica, que permita tanto o autorreconhecimento

e a atualização do sistema jurídico, quanto o seu fim maior de auxílio na promoção da integração social através da efetivação de direitos fundamentais, confirmam a ideia de Gunther Teubner no sentido de que os sistemas ou subsistemas altamente qualificados possuem o condão de produzir a sua racionalidade e normatividade, criando a sua própria realidade institucional.

A nós nos parece, portanto, que situar o direito da transparência acoplado ao direito à explicação dentro dos microssistemas altamente qualificados, em razão das suas especificidades, seria, na atual conjuntura, uma das funções mais legitimadoras do princípio da publicidade, que resguardaria constitucionalmente os dois direitos, expandindo-os.

Ao nosso ver, estaríamos no meio do caminho entre a transparência e a compreensão, em um processo, por sua vez, de democratização administrativa pelo fortalecimento gradual da participação popular nas diretrizes e resultados sobretudo políticos, jurídicos e econômicos do Estado, contando, inclusive, com a alta tecnologia até então desenvolvida<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> O Decreto Federal nº 6555/2008 conjuntamente com a Instrução Normativa nº 7 de 19 de dezembro de 2014 regulam, no âmbito institucional, a publicidade dos órgãos da Administração Pública Federal.

No artigo 1º, o Decreto dispõe que: Art. 1º As ações de comunicação do Poder Executivo Federal serão desenvolvidas e executadas de acordo com o disposto neste Decreto e terão como objetivos principais: I - dar amplo conhecimento à sociedade das políticas e programas do Poder Executivo Federal; II - divulgar os direitos do cidadão e serviços colocados à sua disposição; III - estimular a participação da sociedade no debate e na formulação de políticas públicas; IV - disseminar informações sobre assuntos de interesse público dos diferentes segmentos sociais; e V - promover o Brasil no exterior.

Já a instrução normativa conceitua várias espécies de publicidade, além da comunicação: art. 3º As espécies de publicidade de que trata o art. 3º, inciso V, alíneas “a” a “d”, do Decreto nº 6.555/2008 são conceituadas como segue: I - Publicidade Institucional: destina-se a posicionar e fortalecer as instituições, prestar contas de atos, obras, programas, serviços, metas e resultados das ações do Poder Executivo Federal, com o objetivo de atender ao princípio da publicidade e de estimular a participação da sociedade no debate, no controle e na formulação de políticas públicas e de promover o Brasil no exterior; II - Publicidade de Utilidade Pública: destina-se a divulgar temas de interesse social e apresenta comando de ação objetivo, claro e de fácil entendimento, com o objetivo de informar, educar, orientar, mobilizar, prevenir ou alertar a população para a adoção de comportamentos que gerem benefícios individuais e/ou coletivos; III - Publicidade Mercadológica: destina-se a alavancar vendas ou promover produtos e serviços no mercado; IV - Publicidade Legal: destina-se a divulgar de balanços, atas,

Por fim, já podemos, dentro do âmbito do direito à explicação, intuir algumas diretrizes. Entre elas as de que: i) o acesso às informações deve se dar da forma mais ampla possível, quando não observadas as exceções constitucionais, de modo que o segredo deve ser afastado tanto de informações positivas ou neutras, mas sobretudo de informações negativas e pessimistas; ii) a informação deve ser autoexplicativa, de maneira que o seu destinatário compreenda, inclusive, a sua finalidade; iii) deve ser concisa, precisa e incluir não somente conteúdo previsto em normas, mas tudo o que seja de interesse à compreensão contextual; iv) o conteúdo deve ser em linguagem acessível, independentemente de conhecimento técnico à sua compreensão – um grande desafio - e, por fim, v) o direito à explicação deve englobar, dentro do princípio da publicidade, as respostas públicas ao contexto decodado, de sorte que o cidadão conheça além dos possíveis caminhos a serem seguidos e dos meios a serem adotados, também os possíveis resultados a serem perseguidos ou alcançados (planejamento e riscos).

### 3.5 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Celso Antônio Bandeira de Melo (2019, p. 126) entende que eficiência nada mais seria que o Princípio da Boa Administração da doutrina italiana, de forma que o agente jamais poderia servi-la ao arrepio da legalidade, ainda que se estivesse no campo de discricionariedade em que boa administração significar-se-ia a solução excelente. Afirma que a sua observação em termos jurídicos, acaba por revestir o direito à boa administração de direito fundamental.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020), quanto ao aspecto histórico do Princípio da Eficiência, dispõe que muito embora tenha sido incluído no *caput* do

---

editais, decisões, avisos e de outras informações dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, com o objetivo de atender a prescrições legais (grifo nosso).

É possível identificar, com clareza, portanto, até onde se foi possível chegar até então e qual é a dimensão que vem sendo reconhecida ao Princípio da Publicidade do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, em termos infralegais.

art. 37 da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 19 de 4 de junho de 1998, como bem lembrado por Carvalho Simas:

corresponde ao 'dever de boa administração' da doutrina italiana, o que já se acha consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Decreto-lei 200/67, quando submete toda a atividade do Executivo ao *controle do resultado* (arts. 13 e 25, V), fortalece o *sistema de mérito* (art. 25, VII), sujeita a Administração indireta à *supervisão ministerial* quanto à eficiência administrativa (art. 26, III) e recomenda a demissão ou dispensa de servidor comprovadamente *ineficiente* ou *desidioso* (art. 100) (DI PETRO, 2020, p. 112).

A autora entende que há dois aspectos do Princípio da Eficiência: i) sob o enfoque da atuação do agente público; ii) sob o modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública. E ambos buscam, ao fim e ao cabo, os melhores resultados nas prestações de serviços públicos. No entanto, ressalta a autora que a eficiência não poderia se sobrepor à legalidade, sob pena de sério comprometimento tanto da segurança jurídica, quanto do próprio Estado de Direito (DI PIETRO, 2020, pp. 112-113).

E, por fim, remete os leitores ao Plano Diretor da Reforma de Estado de 2015, entendendo que trouxe amplo destaque à eficiência administrativa ao estabelecer que:

reformular o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também as suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que o seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços – tanto os exclusivos, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida que se transformem em organizações públicas não estatais – *operem muito eficientemente* (grifo nosso).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ainda, destaca a constante idealização de novos institutos (contratos de gestão, parcerias público-privadas, agências

autônomas, organizações sociais), que levam o administrador público (gestor/controlador) a trabalhar no *campo da inovação*, para o melhor atendimento do interesse público (DI PIETRO, 2020, p. 113).

Já Marçal Justen Filho (2016, pp. 67-69) traz cinco diretrizes para a efetivação de uma eficiência administrativa, que acaba por chamar de eficácia administrativa com a finalidade de distingui-la da eficiência econômica ou economicidade:

- i) utilização mais eficiente dos recursos – dever imposto pelo Princípio da República;
- ii) pluralidade dos fins buscados pelo Estado – a eficiência administrativa não significa mera eficiência econômica, na medida em que há vários outros valores no atuar administrativo, além do econômico, que devem ser conjuntamente observados;
- iii) a proibição do defeito – o autor entenderia defeito como a atuação administrativa que exclui direitos específicos de minorias em prol da economicidade (solução menos dispendiosa, mais econômica);
- iv) constante adequação das soluções práticas – uma dinâmica assimilação de processos de inovação, para que a Administração supere práticas obsoletas e incorpore tecnologias que auxiliem na realização dos seus fins, atualizando-se constantemente;
- v) eliminação das burocracias e o atendimento efetivo das necessidades.

A desburocratização não é uma opção autônoma ou voluntária, mas é uma decorrência da tutela constitucional aos direitos fundamentais dos sujeitos. A subordinação do exercício de competências administrativas ao preenchimento de requisitos inúteis configura infração a valores constitucionalmente protegidos (JUSTEN, 2016, p. 69).

Em um primeiro momento, novamente devemos nos socorrer de Luhmann (1987) para definir em que plano de abstração iremos trabalhar com a eficiência administrativa, o que, ao nosso ver, é de extrema relevância para a construção de um redirecionamento jurídico do tema.



Para Luhmann (1987 apud NEVES, 2013, p.40), como vimos, os programas do sistema jurídico são basicamente normas com finalidades e valores, constituídas não apenas de regras jurídicas, mas também substancialmente de princípios. Os programas podem conter princípios e regras, que se refiram imediata, direta e explicitamente a valores e fins (NEVES, 2013, p. 41). Exatamente aqui, portanto, entendendo a eficiência como princípio da normatividade jurídica no terceiro nível de abstração de Luhmann (um abaixo dos valores), que desenvolveremos, assim como na moralidade, o nosso raciocínio: o princípio referir-se-á direta e explicitamente a valores e fins definidos ou, necessariamente, definíveis.

Dito isso, partindo das ideias dos doutrinadores já citados, pode-se ampliar um pouco mais, ainda dentro do viés de princípio normatizado, a extensão do Princípio da Eficiência.

Em meados do século XX, na lição introdutória do Curso de Especialização em Ciência da Administração da Universidade de Bolonha, o professor norte-americano Joseph P. Harris ensinava que devem ser recordados princípios de organização ligados ao ideal de eficiência e boa administração, dos quais é interessante apontar alguns, como:

- i) o “princípio do escalonamento do pessoal” (que facilita a programação, a coordenação e a especialização, a fim de “obter um resultado eficiente e uma máxima utilização do pessoal e dos meios a disposição”);
- ii) o “princípio da base funcional” (que afirma a necessidade de estruturação da organização tendo em vista a função que ela se propõe realizar);
- iii) o “princípio da divisão das atividades consultivas e executivas” (pois a atividade consultiva é de grande importância para a organização, nas atividades de escutar, conciliar, assistir e opinar, sem que exista relação hierárquica com a executiva, cujas funções são planejamento, controle, produção técnica, etc.);
- iv) o “princípio da unidade de comando” (deve-se saber exatamente de quem é a autoridade final de comando, bem como a responsabilidade inerente ao exercício da função);
- v) o “princípio da definição clara de funções” (que produz maior senso de unidade e maior coordenação, pois uma organização eficiente requer clareza, precisão e boa definição de atribuições);
- vi) e, ainda, cabe mencionar o “princípio da especialização”, (que implica uma correta atribuição de funções a quem possa

realizá-las da melhor forma, por ser mais experto)” (HARRIS *apud* GABARDO, 2011, p. 20)<sup>43</sup>.

Somados a esses princípios componentes da eficiência, Emerson Garbado (2011) também cita uma sistematização mais aproximada de Alexandre de Moraes (1999), que não somente trata de serviços públicos, mas de toda e qualquer atividade da Administração no âmbito público:

Enfocando de forma contundente a atividade administrativa, embora ultrapassando a mera qualificação dos serviços, Alexandre de Moraes (1999) propõe um interessante plexo de oito características que podem ser atribuídas ao princípio da eficiência:

- i) a primeira refere-se ao “direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum”; na medida em que a Constituição Federal prevê no inciso IV do artigo 3º, como finalidade da República a promoção do “bem de todos”, sem discriminações, cabe ao legislador ordinário e ao intérprete concretizar o mandamento. Conforme o autor, tem íntima ligação esta característica com o respeito do princípio implícito do respeito ao interesse público;
- ii) a segunda, é a “imparcialidade”, pois somente esta possibilita uma atuação independente de interesses alheios aos inerentes ao exercício da função administrativa, expelindo interferências indevidas, de cunho privado;
- iii) a terceira é a “neutralidade”: o Estado somente é eficiente se na resolução dos conflitos de interesse valora igualmente e com justiça as posições em “jogo”;
- iv) a quarta é a “transparência”: “o princípio da eficiência da administração pública pretende o combate à ineficiência formal, inclusive com condutas positivas contra a prática de subornos, corrupção e tráfico de influência”;
- v) já a quinta característica afirma-se como a “participação e aproximação dos serviços públicos da população”, ou seja, coloca-se em prática o “princípio da gestão participativa”, que é decorrente direto da soberania popular e da democracia representativa, que são princípios, previstos no parágrafo único do artigo 1º da Constituição;
- vi) a sexta é a “eficácia”, que significa, na ótica do autor, a necessidade do adimplemento pelos entes administrativos das finalidades que lhes são próprias, impostas pela competência que lhes foi atribuída;
- vii) a sétima é a “desburocratização”, que é entendida como a forma de evitar a burocracia enquanto “entidade substancial, impessoal e hierarquizada, com interesses próprios, alheios à legitimação democrática, divorciados dos interesses da população”;

---

<sup>43</sup> HARRIS, Joseph. **Dinamica della Pubblica Amministrazione nello Stato contemporaneo**. Bolonha: Zanichelli, 19, pp.33 e ss.

viii) e, finalmente, a oitava implica a “busca da qualidade”, que o autor define a partir da proposta da Secretaria Geral da Economicidade, Inovação, Desburocratização e direitos fundamentais e sustentabilidade”(MORAES *apud* GABARDO, 2011, pp.19-20)<sup>44</sup>.

São desdobramentos que evidentemente recortam e aproximam o princípio da eficiência da sua função de integração social sistêmica, enquanto vetor dos anseios de um Estado Democrático de Direito, ao nosso ver.

De toda sorte, ainda assim há consideráveis dúvidas e posicionamentos antagônicos a respeito da *performance* e das diretrizes administrativas da eficiência. Que ela não se resume à economicidade, é fato consagrado pelo Direito, especialmente porque a Administração é informada pelo Princípio da Legalidade, o que impediria políticas públicas voltadas apenas ao critério da melhor economia ou preço.

Todavia, quando se entra pelo caminho, por exemplo, da desburocratização, começa-se a transcorrer um percurso tortuoso. Não que todas as diretrizes acima não permitam uma sistematização do princípio enquanto condutor da fruição equânime de direitos fundamentais ou de políticas públicas em prol da coletividade, ou mesmo da maximização do bem-estar social, mas não são diretrizes tranquilas aceitas por todos indistintamente.

Interessante trazer o posicionamento de Marta Arretche (1997, pp.127-154)<sup>45</sup>, ao tratar da desburocratização da Administração Pública que se intensificou, é bem verdade, na década de 80, mas que orienta a política e o arranjo institucional do Estado ainda hoje. Há mais de vinte e cinco anos, ela já trouxe, como contraponto, a ideia de que as articulações de elites centrais do governo de um lado e elites locais e regionais de outro são mais relevantes para a determinação de um modelo de Estado do que a dicotomia de atuação descentralizada (mais democrática, em tese)/centralizada (mais autoritária, em tese):

---

<sup>44</sup> MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa – Emenda Constitucional nº 19/98**. 2ed., São Paulo: Atlas, 1999.

<sup>45</sup> GERSCHMAN, Silvia & VIANNA, Maria Lúcia Werneck. *A miragem da pós-modernidade, democracia e políticas sociais no contexto da globalização*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999, pp.127-154.

É a concretização dos princípios democráticos nas instituições políticas de cada nível de governo que define o seu caráter democrático, e não a escala ou âmbito das decisões”. Ou melhor, segundo a autora “é necessário que se construam instituições cuja natureza e cujas finalidades específicas de funcionamento sejam compatíveis com os princípios democráticos que norteiam os resultados que se espera produzir (ARRETCHE, 1997, pp. 132-133).

Àquela época, dada a inclusão no texto constitucional do princípio da eficiência em 1998, já se reconhecia, como o cerne de uma Administração Pública eficiente, a importância do rearranjo das estruturas político-institucionais do Estado somado a uma expansão seletiva das funções do Estado (reordenamento expansivo), todavia através de um governo central fortalecido (o que parece paradoxal), que regule e estructure programas globais de políticas públicas, redesenhando instituições.

É bem verdade que a bandeira da descentralização administrativa em prol da desburocratização era fortíssima, porém o favorecimento da *accountability* e *responsiveness* públicas e da ampliação do controle social das políticas públicas por arranjos institucionais mais democráticos, dentro de uma governança não somente pública, como também social, já se apresentavam como *insights* importantes decorrentes do Princípio da Eficiência:

(...) a concretização dos ideais democráticos depende menos da escala ou nível do governo encarregado da gestão das políticas e mais da natureza das instituições que, em cada nível de governo, devem processar as decisões (ARRETCHE, 1997, p.128).

E em sua pesquisa empírica, a autora conclui que “nem a centralização explica o clientelismo, e, muito menos, formas descentralizadas de prestação serviços públicos implicam sua eliminação”(ARRETCHE, 1997, p.147), de sorte que:

(...) comportamentos fortemente arraigados na cultura política de uma determinada sociedade podem ser um sério fato limitador da concretização de comportamentos e princípios

democráticos perseguidos, mesmo que se obtenha sucesso na implementação de instituições consoantes com aquelas finalidades (ARRETCHE, 1997, p.133).

São argumentos muito polêmicos, é bem verdade. Todavia, trazem uma parcela intranquila de uma evolução ideológica do arranjo institucional do Estado que, hoje, permitiram chegar, ao nosso ver, a ideias de *compliance*, administração pública compartilhada e responsividade, por exemplo, em prol da eficiência administrativa que objetivaria, a grosso modo, a produção do bem-estar social através da fruição de direitos fundamentais, no campo jurídico-constitucional.

Não se pretende dar um fechamento ao Princípio da Eficiência, especialmente porque o seu cunho econômico é prevalecente, de sorte que, ao nosso ver, a eficiência, embora possa estabelecer certas diretrizes pró-ativas à Administração, ela adviria, hoje, de noções como as de governança em redes, cooperação e democracia participativa somadas a ideais de desburocratização, de descentralização e de alargamento da cidadania.

Cabe ao princípio, portanto, conferir legitimidade a instrumentos que ampliem a atuação estatal nessa linha.

A *procedimentalização regulada* apresenta-se como um exemplo. Conferiria, dentro da legalidade administrativa, uma margem segura de discricionariedade ao exercício da função administrativa de Estado, sobretudo a decisória.

E é justamente nessa linha que enfatizamos que a *legitimação pelo procedimento* se daria pela normatização do conhecimento empírico da realidade com a qual o Direito interage constantemente, ocorrida através de escolhas racionais antecipadas e, até certo ponto, previsíveis e que, portanto, a previsibilidade seria uma categoria com a qual o sistema jurídico necessitaria trabalhar a fim de preservar a sua autopeiose.

Essa procedimentalização regulada seria o reflexo desse processo e, portanto, norte da eficiência administrativa.

Por outro lado, permitiria, a despeito do aumento da discricionariedade necessária em uma sociedade plural complexa, o maior *controle interno, externo e social da eficiência da prestação administrativa*, já que mais transparente.

O Direito como vimos, deve trabalhar, é bem verdade, também com *dissensos* não somente fáticos, como procedimentais, bem como com *posturas particularizadas e específicas*, sobretudo no campo regulatório e, ainda assim, não deixará de reconhecer como fundamentais *a circularidade internormativa e interprocedimental* no Estado Democrático de Direito (NEVES, 2016, p.153).

É preciso, ainda, fomentar o *relacionamento interdiscursivo* entre o Direito e a sociedade, para fins de legitimação jurídica. Nessa linha, como terceiro ponto, assimilar a tomada de decisões por instâncias de deliberação coletivas que, diante da ponderação de valores e interesses envolvidos, optem pelo consensualismo, em uma postura, quando possível, de cooperação entre os participantes ou *players* e não impositiva.

Com certeza, diríamos que se somam em eficiência: i) a procedimentalização regulada com o aumento da discricionariedade, ii) a ampliação dos controles internos, externos, mas, sobretudo e fundamentalmente, social de direcionamento de políticas públicas e iii) a tomada de decisões por instâncias de deliberação coletivas pautadas, especialmente na cooperação consensualista.

Seria um *novo modelo de gestão administrativa compartilhada* orientada também pelo sistema jurídico, que possibilitaria a troca de experiências não somente entre os participantes ou *players* (de conhecimentos técnicos ou não), como também, em uma visão mais ampliada, entre outros sistemas sociais autônomos.

A troca de experiências permitiria ao princípio da eficiência atuar como vetor de integração social sistêmica, nas três perspectivas jurídicas (intrassistêmica, intersistêmica e modulatória), aplicando-se, também aqui, as conclusões a que chegamos no primeiro capítulo, especialmente quanto à impossibilidade de captura de um sistema pelo outro e, portanto, a importância de mecanismos de preservação da autopoiese sistêmica.

Parece-nos, ainda, interessante trazer ao princípio da eficiência mais dois aspectos para complementá-lo. Dentro desse *novo modelo de gestão administrativa compartilhada*, o princípio demandaria uma aproximação da ideia de eficiência tanto do conceito de *sustentabilidade*, quanto da questão relativa à *inovação*.

Diríamos que o agir administrativo deve pautar-se pela sustentabilidade. Porém, essa sustentabilidade abarcaria muito mais do que uma questão, a princípio, meramente econômica ou simplesmente ambiental - deve englobar também questões sociopolíticas e éticas. Nessa linha mais ampla, *a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*.

A sustentabilidade deve não somente buscar “equilibrar aquilo que é socialmente necessário, economicamente desejável e ecologicamente sustentável”<sup>46</sup>, como também abarcar um perfil ético que permita o equilíbrio conjuntural das contratações públicas, por exemplo:

Como bem anotado, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável não se resume apenas a questões ambientais. Também, não se resume a questões sociopolíticas ou financeiras, sendo importante vertente da agenda das contratações sustentáveis a integridade como pilar da sustentabilidade sociopolítica e também econômica, e, por conseguinte, um dos objetivos das contratações públicas (CASTRO, ZILLOTTO, 2019, p. 29).

Isso porque, dentro de uma visão sistêmica da conformidade, teríamos vários subsistemas a serem considerados e, com isso, toda a dinâmica de autorreferência e relação com o meio envolvente, abertura/fechamento, acoplamento/desacoplamento estrutural e reflexividade:

em que pese a sustentabilidade possa ser dividida em três macrocomponentes (sociopolítica, ambiental e econômica), como determinam Moreira e Guimarães, é preciso reconhecer que o conceito de sustentabilidade é mutável, porque

---

<sup>46</sup> CASTRO, Rodrigo Piroti Aguirre e ZILLOTTO, Mirela Miró. **Compliance nas Contratações Públicas**. Exigências e critérios normativos. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 28

instrumento reflexo da sociedade e do próprio tempo (CASTRO, ZILLOTTO, 2019, p. 29).

Em síntese, a eficiência lidaria, ao nosso ver, também com o conceito de sustentabilidade nas suas quatro facetas: ambiental, econômica, sociopolítica e ética (integridade), que recairão sobre todo e qualquer movimento jurídico, seja intrassistêmico, intersistêmico, ou ainda, modulatório.

Por fim, a questão da inovação. Tanto Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020), quanto Marçal Justen Filho (2016) apontam a sua importância para a eficiência administrativa. Ressaltam que caminhariam juntas para a legitimação das ações do Estado perante o interesse público, tanto no campo normativo, quanto na seara tecnológica.

Quando se fala de inovação no setor público, é interessante que a compreenda tanto com relação ao produto e ao processo, quanto à arquitetura institucional.

Segundo Mariana Mazzucato (2014, p. 52), em *O Estado Empreendedor*, “atualmente, costuma-se falar dos “sistemas” de inovação como “ecossistemas”. E levanta o grande problema de como ter certeza de que “o ecossistema de inovação resultará em uma relação *simbiótica* entre o setor público e privado, e não parasitária”.

A despeito desse aspecto que não será enfrentado aqui, o ponto crucial, ao nosso ver, partiria da questão acerca de como assimilar a inovação para que, através dela, se possa, constantemente, aprimorar um *design* democrático de atuação estrutural da Administração Pública, em prol da maximização do bem-estar social e da fruição equânime dos direitos fundamentais.

É que é preciso, também, segundo Mazzucato (2014, pp.56-57), dar atenção tanto aos resultados das políticas públicas, quanto aos *processos* que permitam a assimilação de conteúdos e experiências empíricas, tanto que afirma que o problema é menos o tipo de instrumento utilizado na inovação (créditos fiscais, subsídios) ou o tipo de setor escolhido (aço ou software), porém mais como políticas podem desencadear processos de autodescoberta, que estimularão a criatividade e a inovação.

E esses desafios apontados de forma singela, no entanto, aparentam contar com o princípio da efetividade como vetor, sem deixar de considerar que a



assimilação simbiótica da inovação, em uma postura reflexiva do Direito, também legitimaria o princípio da eficiência administrativa, ressignificando a sua função.

Temos então, somadas às demais ideias apresentadas, cinco pontos indicativos de uma ampliação ressignificativa do princípio da eficiência:

- i) a procedimentalização regulada com o aumento da discricionariedade administrativa;
- ii) a ampliação do controle interno, externo e social (*democracia administrativa participativa*) de direcionamento de políticas públicas;
- iii) a tomada de decisões por instâncias de deliberação coletivas pautada na *cooperação consensualista*;
- iv) a sustentabilidade quadripartite (econômica, sociopolítica, ambiental e ética-integridade);
- v) a inovação *simbiótica* (*design democrático*).

### **3.5.1 O conceito de *equilíbrio* na Teoria dos Jogos de John Forbes Nash (1951) e o Princípio da Eficiência Administrativa**

A combinação de estratégias que os jogadores preferencialmente devem escolher é aquela na qual nenhum jogador faria melhor escolhendo uma alternativa diferente dada a estratégia que o outro escolhe. A estratégia de cada jogador deve ser a melhor resposta às estratégias dos outros (BAIRD; GERTNER; e PICKER, 1994, p.21).

Chama-se Teoria da Decisão o conjunto de teorias matemáticas, lógicas e filosóficas que se ocupam das decisões que tomam os indivíduos racionais, quer sejam indivíduos que atuam isoladamente, em competência entre eles ou em grupos. Ela foi desenvolvida na segunda metade do século XX sob a forma de estudo dos aspectos diferenciados da descrição e da resolução dos chamados problemas de decisão (MONTEIRO, 2008, pp. 3395-3415).

A autora, ainda, divide a Teoria da Decisão em três teorias, a saber:

Existem hoje três modelos essenciais de teorias da decisão conformados a objetivos mais ou menos específicos. O primeiro modelo é o das decisões econômicas que são tomadas em empresas, quer sejam elas privadas ou públicas. Esta teoria foi

desenvolvida nos anos do pós-guerra para instrumentalizar os cálculos econômicos em função a problemas de produção, de custos, de definição de preços e de valoração salarial entre outras necessidades emergentes no desenvolvimento econômico dos anos cinquenta, propondo métodos de tratamento de problemas de decisão de caráter exclusivamente matemático. O segundo modelo desenvolvido no âmbito das teorias das decisões foi o da análise dos riscos como uma fase obrigatória a ser vencida no confronto dos problemas de decisão. Assim, o objeto principal do estudo das decisões tomadas individualmente é propor um quadro de estudo do comportamento racional frente às diferentes formas de incerteza. Essas incertezas são descritas como situações de risco, a Teoria da Utilidade Esperada de 1944 bem ilustra esse enfoque que mais tarde foi complementado por outros estudos, sobretudo nos anos oitenta, passando a se considerar também como incerteza o comportamento de um indivíduo diante de outros, todos em posição de decisão. A Teoria dos Jogos é o terceiro modelo de Teoria da Decisão, ela promove a distinção entre jogos cooperativos e não-cooperativos, ou seja, onde não é possível a cooperação entre jogadores em competição ou em regime de concorrência. A Teoria dos Jogos pertence às Matemáticas e assim como as demais modalidades teóricas decisórias também é aplicada nas Ciências Sociais até as teorias evolutivas. De autoria de Von Neumann e Morgenstern (2004) a Teoria dos Jogos pretendeu formalizar a investigação dos casos de decisão relativos ao poder e à competência, às situações de conflito, de competição, oposição e de cooperação” (MONTEIRO, 2008, p. 3398).

A consolidação da Teoria dos Jogos é atribuída aos trabalhos do matemático John von Neumann (1903-1957), especialmente com relação aos estudos dos jogos de soma zero em seu livro “The Theory of Games and Economic Behavior” de 1944.

Ainda que alguns costumem apontar certos autores como precursores da “teoria dos jogos”, tal como o matemático francês Antonie Augustin Cournot (1801-1877), o alemão Ernst Friedrich Zermelo (1871-1953), e o também francês Félix Edouard Justin Emile Borel (1871-1956), o fato que é o estudo dos jogos veio a se aprimorar com o trabalho dos autores John F. Nash Jr., John C Harsanyi e Reinhard Selten, que, a partir de 1950, desenvolveram diversas ferramentas para analisar a modelação dos jogos, ampliando significativamente o âmbito dos jogos de soma zero de Neumann. O trabalho destes três autores conferiu-lhes, no ano de 1994, o Prêmio Nobel de Economia.

O nosso interesse, portanto, recai sobre essa segunda geração que acrescentou novos elementos matemáticos e lógicos para analisar a participação dos jogadores ou *players* e, de forma bem precisa, o nosso interesse centra-se na questão do equilíbrio proposto por Nash.

Segundo Ronaldo Fiani (FIANI, 2015, p. 13), um jogo “nada mais é do que uma representação formal que permita a análise das situações em que agentes interagem entre si, agindo racionalmente”.

Em um primeiro momento, já podemos nos colocar, portanto, no campo da *intersubjetividade*, uma vez que não há jogo com um único participante, o que, já adiantando, excluiria da teoria dos jogos as relações jurídicas sem conflitos de interesses.

Um jogo envolve a interdependência mútua das ações de seus jogadores, e isso leva naturalmente os jogadores a considerarem, em suas decisões, os efeitos sobre os demais jogadores, assim como as reações destes. Desse modo, os jogadores tomam decisões estratégicas, no sentido preciso de que suas decisões não contemplam apenas seus objetivos e suas possibilidades de escolha, mas também os objetivos e as possibilidades de escolhas dos demais jogadores.

(...) Aqui estamos interessados somente em jogos que, em alguma medida, envolvam decisões estratégicas, pois são situações desse gênero que caracterizam o mundo econômico e empresarial, em que a interdependência entre empresas, governo e consumidores demanda a consideração de sua interdependência. Mútua. Em outras palavras, estamos interessados apenas em jogos de estratégia (FIANI, 2015, p. 15).

A teoria dos jogos pressupõe, portanto, i) mais de um participante ou *player*, ii) o ambiente da intersubjetividade, iii) a interrelação racional entre os *players* consubstanciada não apenas em regras, iv) como também em um comportamento estratégico, que parte das regras para alcançar v) a finalidade ou a função do jogo.

Uma mesma modalidade de jogo pode, a um só tempo, produzir diversos resultados. Por isso que, observando as regras, a todo tempo são feitas escolhas

racionais por seus participantes baseadas em estratégias ou movimentos que levem ao resultado final pretendido:

Dessa forma, assim como na Teoria da Decisão individual, também na Teoria dos Jogos as escolhas são feitas em um momento no qual há pleno conhecimento das informações que lhes são relevantes e a tomada da decisão racional passa a consistir em um problema de caráter simplesmente analítico (MONTEIRO, 2008, p. 3402).

Para a questão da eficiência administrativa, de forma subsidiária, seria interessante incorporar a ela não a teoria dos jogos competitivos de soma zero de Neumann, em que para que um ganhe, necessariamente o outro perderá, inexistindo relação entre os participantes, mas sim a teoria de jogos cooperativos ou mistos, em que a cooperação é dada como um dos seus elementos componentes:

Os jogos cooperativos se caracterizam pelas ações racionais dos competidores frente aos demais de forma a se realizarem um conjunto de ações coordenadas por todos destinadas a um determinado fim, bom para todos. Para isso, cada jogador irá procurar adotar o mesmo critério assumido pelos outros jogadores. Dessa forma, se os jogadores operam de forma coordenada pela adoção dos mesmos critérios, ganharão todos ao final, caso contrário, todos perderão. Todos os jogadores possuem interesses compartilhados de modo que o ganho e a perda de um dos participantes aproveita ou atinge o segundo (SOLER, 2003, p. 78 e 85 *apud* MONTEIRO, 2008, p. 3407).

(...) O jogo misto é o produto da justaposição dos dois tipos anteriores, sendo chamado perfil coordenado quando dois ganham ou perdem ao mesmo tempo. Estes tipos mistos não se baseiam em perfis de cooperação, podem todos os jogadores ganhar ao mesmo tempo ou não. Um jogador pode declinar um perfil selecionado pelos demais como determinante de um ganho (SOLER, 2003, p. 78 e 85, *apud* MONTEIRO, 2008, p.3408).

A maioria das relações jurídicas, sociais, econômicas e políticas lidam com a questão de jogos mistos. Para a eficiência, diríamos que as relações entre o Estado, empresas e sociedade existiriam, primordialmente, no campo dos jogos mistos e, por essa razão, a *noção de equilíbrio de Nash* (1951) não poderia ser ignorada em uma ressignificação do princípio normativo da eficiência administrativa.

De forma breve, diríamos que em um jogo cooperativo ou misto a orientação não deve ser a da anulação do perdedor pelo vencedor, mas sim a da busca por

estratégias que maximizem os ganhos a todos os participantes, ainda que de forma nem sempre proporcional, mas na medida em que potencialize os seus ganhos, que não seria possível se não houvesse a postura cooperativa.

Haveria uma abertura lógica e matemática a outras alternativas que tenham por finalidade a maximização do ganho dos jogadores, de forma a equilibrar o jogo.

De toda sorte, conclui Monteiro (2008, p. 3409), com fundamento em Soler (2003, p. 87-90), aproximando-nos da nossa proposta de aplicação da questão do *equilíbrio de Nash* (1951) à eficiência administrativa:

Com esta solução de Nash apresentada à Teoria dos Jogos, pode-se concluir que a decisão de empregar um critério normativo jurídico garante a maximização da utilidade esperada somente nos casos em que se verificar o *equilíbrio de Nash*, de outro modo, preferências ainda que de âmbito normativo podem não realizar a racionalidade almejada. Essa noção pode ser aplicada ao estudo da importância das normas jurídicas na formação da convicção do juiz no processo de tomada da decisão. Nesse caso, leva-se em conta também mais dois aspectos importantes, que se verão mais tarde, um pertinente às expectativas em relação às ações dos demais e outro que leva em consideração o fator coativo e normalizador de condutas como condicionante das escolhas.

A estratégia que maximize ganhos a todos os participantes é uma estratégia eficiente, diante do *conceito de equilíbrio de Nash* e isso diz muito sobre uma ação estatal. Se no campo regulatório, por exemplo, a ação do regulador prejudica, a grosso modo, a atividade do regulado, tornando-a não mais competitiva, no jogo regulatório, deparamo-nos com uma ação estatal ineficiente. É que “uma combinação de estratégias constitui um *equilíbrio de Nash* quando cada estratégia é a melhor resposta possível às estratégias dos demais jogadores, e isso é verdade para todos os jogadores” (FIANI, 2015, p. 93).

Estamos diante da teoria dos jogos como uma das ferramentas úteis à legitimação do princípio da eficiência administrativa, especialmente diante da premissa de que é perfeitamente possível cooperar com o adversário, ainda que o objetivo seja a maximização de ganhos individuais.

O *conceito do equilíbrio de Nash* estaria, destacadamente, visível na arbitragem, na mediação e na negociação administrativa, práticas que vêm se intensificando, diante de uma nova e crescente visão cooperativa nas relações público-privadas, dentro desse novo perfil de jogos cooperativos ou mistos, especialmente nas de cunho econômico.

O Princípio da Eficiência Administrativa, ao nosso ver, não poderia ignorar nem os jogos de soma zero, tampouco os jogos cooperativos e mistos, devendo reconhecer-se neles em uma postura não somente intrassistêmica autorreprodutora, tratando aqui do sistema jurídico, mas como foi demonstrado, também como vetor intersistêmico, constituindo estratégias normativas de jogos que, de forma reflexiva, poderiam atualizar o sistema jurídico.

Mas, diríamos que o perfil modulatório do sistema jurídico despontaria como prioritário, especialmente ao influenciar outros sistemas sociais na obtenção de resultados, que maximizem as utilidades buscadas para todos os jogadores ou *players*, reduzindo o campo agressivo da dicotomia ganhadores/perdedores e os resultados nem sempre satisfatórios à sociedade dele advindos.

Diríamos, no final das contas, que a ressignificação do princípio da eficiência também passa pelo reconhecimento da teoria dos jogos enquanto ferramenta a ser instrumentalizada pela Administração Pública, especialmente quanto à noção de *equilíbrio de Nash* desenvolvida em 1951.

### 3.6. CONCLUSÃO

A ressignificação apresentada é uma proposta, dentro de uma filosofia crítica, voltada para uma releitura estrutural do Direito ampliada da sua função a caminho de uma multifuncionalidade.

Propôs-se, por meio de *insights* ou diretrizes, algumas reflexões para a formação dinâmica de uma conformidade sistêmica, sem deixar de considerar a empiria ou o *manejo situacional-tópico*<sup>47</sup>, bem como as três perspectivas –

---

<sup>47</sup> “A teoria lenta diz respeito à produção de teoria de uma maneira que enfatiza a consideração das particularidades do lugar, localidade e cultura, fazendo uma pausa sobre concepções locais e costumeiras de valores sociais e políticos, e tomar o tempo para detectar e ter em conta de uma série de perspectivas” (SAWARD, 2011, tradução própria).

intrassistêmica, intersistêmica e modulatória – apresentadas com relação ao sistema jurídico e às suas funções.

E para isso, partiu-se da proposta de *legitimação construtiva de abertura e interferência sistêmica* ressignificativa dos princípios da administração pública, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, atribuindo-lhes quatro funções primordiais: i) a de modulação de relações jurídico-institucionais de realidades com racionalidade e normatividade próprias dentro do sistema jurídico, ii) a de atração de conteúdo do ambiente externo, iii) a de instrumentalização da atualização sistêmica e iv) a de modulação da autopoiese de outros sistemas sociais autônomos.

A partir de então, sustentados em algumas teorias que, de certa forma, quando, ao nosso ver, não auxiliam diretamente na construção metodológica de um raciocínio possível, conversam com os sistemas sociais de forma a ampliar as suas perspectivas de ação e resultado, obtivemos, em síntese, as seguintes diretrizes:

| Princípio da Legalidade Administrativa                         |  |
|--|--|
| <b>Função instrumental e conformidade estrutural sistêmica</b> | i) assimilação pelo Estado de uma <i>função conjuntural normativa</i> de administração das normas jurídicas dos três Poderes constituídos, o que modifica a significação clássica de divisão de poderes consubstanciada em Montesquieu, vez que a função administrativa se encontra dentro dos três Poderes;                 |
|  | ii) o reconhecimento das normas sociais gestadas no ambiente a ser regulado ou quase-normas, que permitem a comunicação do direito estatal com o direito periférico, especialmente no campo da regulação jurídica;   |
|  | iii) processo de <i>controle jurídico da autorregulação social</i> , porquanto o seu conteúdo, em alguns momentos, deveria ser buscado em uma relação dinâmica entre sistema-ambiente (fechamento-abertura-reconhecimento), especialmente quando o agente público estivesse lidando com a discricionariedade administrativa; |

|  |  |
|--|--|
|  | <p>iv) o conceito de Gunther Teubner (2005), a lei ou as normas jurídicas (JUSTEN, 2016, p.71) passam a ser, especialmente, <i>campos sociais de ação</i>, possuindo <i>natureza de estruturas sub-sistêmicas específicas com sentido próprio</i>;</p>   |
|  | <p>v) irradiação, para fora do sistema jurídico, de uma gama de orientações que intensificam a relação dinâmica de autorreferencialidade e ambiente (do sistema jurídico), auxiliando na criação de <i>estruturas de reflexão</i>;</p>   |
|  | <p>vi) realização do controle social contido ou indireto (intervenção reflexiva e reduzida) de outros sistemas sociais autônomos, direcionando a formação de <i>procedimentalizações</i> (reguladas);</p>  |
|  | <p>vii) assimilação instrumental das funções dos submodelos estratégicos de Gunther Teubner (1986, p. 304): a) o estabelecimento e a identificação de estruturas, funções sociais e tendências em desenvolvimento; b) a promoção e a avaliação normativa e estabelecimento de objetivos estratégicos, por meio da averiguação dos seus propósitos legais e das consequências legais e sociais dos seus preceitos; c) a manipulação de dados e a ação estratégica a influenciar a reflexividade de outros sistemas sociais.</p> |
| <b>Princípio da Impessoalidade</b>                             |  |
| <b>Função instrumental e conformidade estrutural sistêmica</b> | i) impessoalização de demandas e respostas públicas;   |
|  | ii) valorização e reconhecimento técnico especializado;  |
|  | iii) reconstrução normativa da intersubjetividade dentro de uma lógica de reconhecimento e lutas sociais pelo reconhecimento – “Liberalismo Hegeliano da Axel Honneth”;  |
|  | iv) identificação/tratamento das vulnerabilidades sociais;   |
|  | v) assimilação de categorias como a) construção de elementos estruturais; b) estabelecimento de padrões de   |



|   |  |
|---|--|
|   | reconhecimento; c) estimulação do ancoramento ético das práticas sociais; d) empiria; e) quadro categorial de análises; f) formas reguladas e formas amplamente aceitas de reconhecimento social; g) inclusividade e individuação, entre outras. |
| <b>Alinhamento à proposta da Teoria Crítica do Reconhecimento de Axel Honneth</b> (HONNETH, 2007 e 2011b <i>apud</i> MELO & WERLE, 2013, p. 318): | i) necessidade de contrapor ao “construtivismo kantiano”(formulado por Rawls) uma “reconstrução normativa” de tipo hegeliano;  |
|   | ii) vincular a preocupação de garantia de liberdades iguais típicas do liberalismo-igualitário à dimensão ética, ainda que complexa, da autorrealização individual;  |
|   | iii) fazer uma apropriação das questões normativas da justiça no quadro referencial da teoria crítica, com o propósito de apontar os obstáculos e os potenciais existentes em sociedades modernas, para a realização da plena liberdade.         |
| <b>Princípio da Moralidade Administrativa</b>   |  |
| <b>Função instrumental e conformidade estrutural sistêmica</b>  | i) proteção da infraestrutura do reconhecimento recíproco;   |
|   | ii) valorização ética da autorrelação prática do indivíduo;  |
|   | iii) medição da realização individual a partir de formas de socialização;  |
|   | iv) valorização positiva do outro;   |
|   | v) reconstrução normativa através de práticas morais com amplo conteúdo;   |
|   | vi) identificação e valorização do núcleo normativo inerente aos padrões de reconhecimento;  |
|   | vii) regulação das formas de reconhecimento recíproco.   |
| <i>Eticidade democrática</i> construída a partir da Teoria Crítica de Axel Honneth.   |  |
| <b>Princípio da Publicidade</b>   |  |
| <b>Função instrumental e</b>  | i) do direito da transparência ao direito da explicação (compreensão) administrativa;  |

|  |   |
|--|---|
| <b>conformidade<br/>estrutural<br/>sistêmica</b>                               | ii) assunção de microssistemas especializados promotores da <i>democracia administrativa</i> (participativa) e da <i>cidadania administrativa</i> , voltados à ampliação da capacidade de compreensão do conteúdo exposto ao público;   |
|  | iii) <i>controle social</i> do Estado e das suas políticas públicas;  |
|  | iv) direito à explicação (compreensão): a) o acesso às informações deve se dar da forma mais ampla possível, quando não observadas as exceções constitucionais, de modo que o segredo deve ser afastado tanto de informações positivas ou neutras, mas sobretudo de informações negativas e pessimistas; b) a informação deve ser autoexplicativa, de maneira que o seu destinatário compreenda, inclusive, a sua finalidade; c) deve ser concisa, precisa e incluir não somente conteúdo previsto em normas, mas tudo o que seja de interesse à compreensão contextual; d) o conteúdo deve ser em linguagem acessível, independentemente de conhecimento técnico à sua compreensão; e) deve englobar as respostas públicas ao contexto decotado, de sorte que o cidadão conheça os caminhos a serem seguidos (planejamento e riscos), os meios a serem adotados e os possíveis resultados a serem perseguidos ou alcançados. |
| <b>Princípio da Eficiência Administrativa</b>                                  |   |
| <b>Função<br/>instrumental e<br/>conformidade<br/>estrutural<br/>sistêmica</b> | i) a fixação da <i>procedimentalização regulada</i> com o aumento da discricionariedade administrativa;   |
|  | ii) a ampliação do controle interno, externo e social ( <i>democracia administrativa participativa</i> ) de direcionamento de políticas públicas;   |
|  | iii) a tomada de decisões por instâncias de deliberação coletivas pautadas na <i>cooperação consensualista</i> ;  |

|   |   |
|---|---|
|   | iv) a sustentabilidade quadripartite (econômica, sociopolítica, ambiental e ética-integridade); |
|   | v) a inovação <i>simbiótica</i> ( <i>design</i> democrático).                                   |
| Teoria dos Jogos e o conceito de <i>equilíbrio de Nash</i> (1951): maximização dos resultados para todos os participantes ou <i>players</i> . |   |

## 4 A CONFORMIDADE ESTRUTURAL SISTÊMICA E OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE PÚBLICA

O berço das definições sobre o alcance do *compliance* no setor público pode ser localizado no ano de 2006, na Convenção das Nações Unidas (ONU) contra a Corrupção. Em tal oportunidade, o Brasil foi signatário do documento e, na sequência, publicou o Decreto nº 5.687/2006. A citada Convenção foi regulamentada com as seguintes finalidades:

- i) promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção;
- ii) promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos;
- iii) promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos;

Ante tal cenário, a Assembleia-Geral da ONU definiu que cada Estado-Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, formularia políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção, promovendo a participação da sociedade e refletindo os princípios do Estado de Direito, a devida gestão de assuntos e bens públicos, a integridade, transparência e a prestação de contas.

Em seu art. 5º, a normativa em comento estabeleceu que compete ao Estado-Parte estabelecer e fomentar práticas eficazes encaminhadas a prevenir a corrupção e avaliar periodicamente os instrumentos jurídicos e as medidas pertinentes a fim de determinar se são adequadas para combater a corrupção.

Cabe mencionar que a ONU, desde aquela época, já indicava que cada Estado-Parte procuraria aplicar, em seus próprios ordenamentos institucionais e jurídicos, códigos ou normas de conduta para o correto, honroso e devido cumprimento das funções públicas (POMINI, 2018, p.156-157).

### 4.1 POR QUE CHEGAR AOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE PÚBLICA? A ORIGEM, O CONCEITO E A NATUREZA DOS PROGRAMAS

Muito embora estivessem originariamente ligados à ideia de combate à corrupção, os programas de integridade pública passaram a adentrar em diversas áreas de relevância pública como saúde, educação, meio ambiente, trabalho, tributação, licitações públicas, acesso a informações e proteção de dados, entre tantas outras áreas.

Com base em normativas da Controladoria-Geral da União, foi desenvolvido em artigo científico<sup>48</sup>, um possível conceito dos programas de integridade pública, nos seguintes termos:

o *compliance* público poderia ser conceituado como sendo o programa normativo de integridade ou conformidade elaborado pelos órgãos e entidades da Administração Pública que, abarcando um conjunto de mecanismos e procedimentos setoriais, se destinaria a promover uma eficaz, eficiente e efetiva análise e gestão de riscos decorrentes da implementação, monitoramento e execução das políticas públicas, procuraria promover um fortalecimento tanto da comunicação interna, como da interação entre os órgãos e entidades da Administração Pública na gestão das políticas públicas, traria uma maior segurança e transparência das informações e, por essa razão, promoveria um incentivo à denúncia de irregularidades e controle da corrupção, focado no resultado eficiente, ou seja, na maximização do bem-estar social e na realização dos direitos fundamentais, sobretudo os de natureza social<sup>49</sup>.

E seguindo orientações da Controladoria-Geral da União, diríamos que um programa efetivo deve conter, no mínimo, diretrizes para gestão de riscos e de informações dentro de uma instituição ou órgão, mecanismos para implementação da transparência e de procedimentos padronizados e equânimes de atuação institucional ou corporativa, recursos de *accountability* bem definidos, padrões de ética e conduta institucional a serem seguidos por seus integrantes e por aqueles que com a Administração Pública e com seus agentes se relacionem.

---

<sup>48</sup> BINDILATTI CARLI DE MESQUITA, C. *O que é compliance público? Partindo para uma Teoria Jurídica da Regulação a partir da Portaria nº 1089 (25 de abril de 2018) da Controlaria-Geral da União (CGU)*. Journal of Law and Regulation, v. 5, n. 1, p. 147-182, 5 maio 2019.

<sup>49</sup> BINDILATTI CARLI DE MESQUITA, C. *O que é compliance público? Partindo para uma Teoria Jurídica da Regulação a partir da Portaria nº 1089 (25 de abril de 2018) da Controlaria-Geral da União (CGU)*. Journal of Law and Regulation, v. 5, n. 1, p. 147-182, 5 maio 2019.

E para isso, é necessário um processo dinâmico de constante comunicação e treinamento dos envolvidos, de mapeamento de processos dentro da instituição ou órgão e de seus setores especializados, bem como a criação de canais de denúncias e de medidas de controle e disciplinares, além de ações de remediação, construindo pilares estratégicos para um efetivo planejamento funcional e direcional da instituição ou órgão.<sup>50</sup>

É de se reconhecer, por sua vez, a tamanha complexidade e o possível grande alcance dos programas de integridade pública, a depender da sua arquitetura jurídica é bem verdade, especialmente porque se encontram muito próximos das políticas públicas, apresentando-se, ao nosso ver, como uma espécie de tentativa de materialização das diretrizes e ressignificações desenvolvidas ao longo dos dois primeiros capítulos da presente dissertação.

E isso parece-nos querer dizer que, no campo jurídico, o programa de integridade atua conferindo uma releitura ao próprio Direito envolvido no programa (intrassistêmico), necessita continuamente de troca de conteúdo com o ambiente em que está inserido (intersistêmico), promovendo constantes adequações no próprio programa, e provoca irritações em outros sistemas sociais autônomos (modelatório) ao exigir determinadas ações, abstenções ou comportamentos econômicos e/ou políticos em pequena ou, por vezes, em grande escala.

E por essa razão, no nosso entender, os programas de integridade pública poderiam ser vistos como *mecanismos jurídicos regulatórios de integração social sistêmica*, dentro do campo da *inovação social normativa* e, com isso, serem reconhecidos como uma espécie de *modelo estratégico* altamente seletivo, influenciador da conformidade estrutural sistêmica.

Na nossa visão, essa influência é graduada a depender, inclusive, do alcance da *arquitetura jurídica dos programas de integridade pública* e da

---

<sup>50</sup> CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual para Implementação de Programas de Integridade. Orientações para o Setor Público*. Disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual\\_profip.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profip.pdf). Acesso em: 26.04.2019.

delimitação do seu campo de atuação e propósito, passando pela questão da efetividade e do *enforcement*.

#### 4.2 CHEGANDO AO PROGRAMA DE *COMPLIANCE* NO SETOR PÚBLICO. REGULAÇÃO, *COMPLIANCE* E PROGRAMAS DE INTEGRIDADE (PÚBLICA).

Para nós, a regulação é, realmente, “a reconfiguração conjuntural do ambiente regulado voltada à consecução de um modelo ideal de funcionamento do sistema e dirigida por regras e princípios inscritos e espelhados nos direitos fundamentais” (ARANHA, 2013, p.104).

Portanto, todos os *insights*/diretrizes traçados nos capítulos anteriores tentaram orientar a conformidade estrutural sistêmica a “um modelo ideal de funcionamento do sistema”.

Mas ainda assim, parece ser necessária uma maior aproximação ou concretização dos objetivos regulatórios por meio de programas setoriais e específicos:

a função do direito consiste em disponibilizar à sociedade estruturas normativas congruentes e generalizáveis. A sua performance é regular conflitos que ocorrem dentro dos outros sistemas sociais. O direito pode contribuir significativamente por meio de uma legitimação procedimental, fornecendo condições para uma auto-organização ou autorregulação democrática dos subsistemas por meio de normas que estimulem sistematicamente estruturas de reflexão no seio de outros sistemas, em formas mais contidas, mais abstratas e indiretas de controle social, intervindo de forma limitada e reflexivamente e assumindo responsabilidade pelos resultados, sem, no entanto, produzir as utilidades de interesse público (LOPES, 2018, p. 113).

A função de conformidade, portanto, depende de modelos estratégicos para que se materialize na sociedade. E, conforme conceituado no primeiro capítulo:

Modelos estratégicos são construções jurídicas altamente seletivas da realidade social. Sua seletividade é definida pelo

contexto social e os critérios de seletividade resultam da limitação mútua de seus submodelos empíricos, prospectivos e operacionais. O teste final deles é a reentrada na realidade social. Sua função social é a autoidentificação do sistema jurídico como critério para sua própria transformação (TEUBNER, 1984, p. 305, tradução própria).

E para isso, o mesmo autor (TEUBNER, 1986, p. 303, tradução própria) estabelece que, no que se refere aos modelos estratégicos, “estamos lidando com construções intelectuais concorrentes que contêm diferentes avaliações empíricas da sociedade”, bem como com as suas “avaliações normativas e subsequentes decisões estratégicas”. As premissas, estruturas e consequências de todos os modelos podem ser analisadas e discutidas<sup>51</sup>.

Pois bem, como vimos, o autor reconhece a complexidade dos modelos, as diferentes tipologias e elementos: podem ser modelos gráficos, técnicos, sociais-normativos, imperativos; podem conter elementos projetivos, seletivos, pragmáticos.

Seriam, portanto, altamente seletivos, construindo uma racionalidade própria a partir da identificação de estruturas e funções sociais, bem como tendências em desenvolvimento (*submodelo empírico*). Permitem que se defina a avaliação normativa e os objetivos estratégicos, através da averiguação dos propósitos da lei e das consequências legais e sociais dos seus preceitos (*submodelo prospectivo*), bem como manipulam dados, sendo orientados para a ação (*submodelo operativo*) (TEUNBER, 1984, p 304).

A princípio, poderíamos afirmar que se chega aos programas através de uma redução significativa da função de conformidade estrutural sistêmica a partir da regulação, entendendo-os como um dos seus inúmeros instrumentos de realização ou materialização, mas que deve, substancialmente, observar não somente as regras vigentes, mas sobretudo os princípios, porque, assim o fazendo, permitirão, como vimos, um melhor estabelecimento e identificação de

---

<sup>51</sup> “We are dealing with competing intellectual constructs that contain different “empirical assessments of society”, as well as their “normative evaluations and subsequent “strategic” decisions. The premises, structures and consequences of all those models can be analyzed and discussed” (TEUBNER, 1986, p. 303).



estruturas, funções sociais e tendências em desenvolvimento; a promoção e a avaliação normativa e o estabelecimento de objetivos estratégicos, por meio da averiguação dos propósitos da lei e das consequências legais e sociais dos seus preceitos; a manipulação de dados e a ação estratégica a influenciar a reflexividade de outros sistemas, buscando a integração social.

Procura-se om a regulação e através de modelos estratégicos construir a própria conformidade estrutural sistêmica, em última análise, consubstanciada não somente na maximização do bem-estar, mas sobretudo na realização de direitos fundamentais, que embora de tessitura aberta, não deixam de representar programas constitucionais primordiais determinantes da ordem democrática.

Mas é preciso, ainda, diferenciar o programa de integridade pública de um programa de *compliance* corporativo ou empresarial, por exemplo, porquanto a nossa proposta é a sua análise no setor público.

Em um primeiro momento, importante frisar que, embora possa haver uma significativa diferença entre os conceitos de conformidade e de integridade, para tratar dos programas, vamos adotá-los como sinônimos: programas de integridade ou programas de *compliance* serão para nós sinônimos.

Ao nosso ver, os programas seriam materializações que, de certa forma, poderiam ser observados sob três perspectivas que, embora não deixem de a todo tempo relacionar-se, formariam espécies de subsistemas jurídicos distintos de conformidade, materializando-se em programas de *compliance* privados ou empresariais, público-privados ou inter-relacionais e públicos (ordenatórios – voltados para dentro da instituição ou órgão, ou políticos – referentes a políticas públicas primárias).<sup>52</sup>

É possível vê-lo sob uma perspectiva privada, corporativa ou empresarial, em que o programa é criado e implementado por empresas ou pessoas jurídicas de direito privado em situação de competitividade de mercado, dentro do

---

<sup>52</sup> BINDILATTI CARLI DE MESQUITA, C. *O que é compliance público? Partindo para uma Teoria Jurídica da Regulação a partir da Portaria nº 1089 (25 de abril de 2018) da Controlaria-Geral da União (CGU)*. *Journal of Law and Regulation*, v. 5, n. 1, p. 147-182, 5 maio 2019.

ambiente corporativo, com objetivo de promover um ajuste interno de pensar e mover institucional em busca de uma maximização de lucros, com o aumento de sua competitividade no mercado combinada com uma gestão de riscos decorrentes da constrição regulatória e da aplicabilidade ou não da regulamentação estatal sobre o setor regulado. Nesse caso, a decisão de criação e de implementação é da entidade privada como opção de resposta a um arcabouço regulatório pré-constituído existente fora da sua esfera jurídica, mas que pode influenciar, direta ou indiretamente, nas suas atividades dentro do sistema econômico vigente.

Há uma segunda perspectiva que pressupõe, necessariamente, a direta comunicação entre a esfera pública e a privada, devendo observar além das normas centrais do Estado, as normas sociais gestadas no ambiente do negócio a ser regulado, sob pena de ineficiência do programa normativo setorial. A existência dessa esfera pressupõe, necessariamente, a inter-relação entre a esfera pública e privada no mesmo grau de incidência e complexidade. São programas que regulam o campo, hoje, indefinido, do que é público e do que é privado, assimilando, inclusive, constantes alterações no que seria ou não jurídico. Atua em um ambiente difuso, sem delimitação do seu alcance, em constante transformação e mutação, mas que se diferencia de um ambiente interno quer de uma empresa, quer de uma instituição pública, por exemplo.

E por fim, na terceira perspectiva, há os programas de integridade no setor público. O programa de integridade no setor público poderia ser ordenatório, configurando um programa normativo mais voltado a uma autorregulação institucional, com olhares para dentro do seu setor regulado. Ou, indo mais além, seria possível falar em programas que projetem seus efeitos, necessariamente, para fora do âmbito institucional a alcançar a coletividade em graduação proporcional à extensão da política pública regulada pelo programa.

Importante frisar que os *insights* e diretrizes tratados nos capítulos 1 e 2 repercutem diretamente em alguns campos de relevância dos programas inter-relacionais e influenciam totalmente os programas de *compliance* no setor público, sejam ordenatórios ou políticos.

Os programas de *compliance* no setor público, sejam ordenatórios ou políticos, são, por sua vez, o nosso objeto de interesse na presente dissertação, não somente por se encontrarem mais próximos das políticas públicas como dissemos, mas especialmente por admitirem a ideia de construção de *designs* democráticos no setor público, estimulando o aprimoramento de uma *democracia administrativa participativa*, como apontamos, dentro de um perfil de *inovação simbiótica* da relação público-privada, buscando a eficiência (inteligência) no setor público, através de ações voltadas para: a) a procedimentalização regulada com o aumento da discricionariedade administrativa; b) a ampliação do controle interno, externo e social de direcionamento de políticas públicas; c) a tomada de decisões por instâncias de deliberação coletivas pautada na *cooperação consensualista*; d) a sustentabilidade quadripartite (econômica, sociopolítica, ambiental e ética-integridade); e) e a própria *inovação simbiótica*.

#### 4.3 A ARQUITETURA JURÍDICA DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* NO SETOR PÚBLICO E A SUA EFETIVIDADE. DO SUCESSO E DO FRACASSO REGULATÓRIO

Aos olhos da Controladoria-Geral da União (CGU), a arquitetura de um programa de integridade pública deve tratar, no mínimo, a) de diretrizes para gestão de riscos e de informações dentro de uma instituição ou órgão; b) desenvolver mecanismos para implementação da transparência e de procedimentos padronizados e equânimes de atuação institucional ou corporativa; c) trazer especialmente recursos de *accountability* bem definidos; d) estabelecer padrões de ética e conduta a serem seguidos por seus integrantes e por aqueles que com ela ou ele se relacionem; e) desenvolver mecanismos de constante comunicação e treinamento dos envolvidos; f) de mapeamento de processos dentro da instituição ou órgão e de seus setores especializados; g) criar canais de denúncias e medidas de controle e disciplinares; h) desenvolver

ações de remediação, construindo pilares estratégicos para um efetivo planejamento funcional e direcional da instituição ou órgão.<sup>53</sup>

Por isso que dizemos que:

o *compliance* público poderia ser conceituado como sendo o programa normativo de integridade ou conformidade elaborado pelos órgãos e entidades da Administração Pública que, abarcando um conjunto de mecanismos e procedimentos setoriais, se destinaria a promover uma eficaz, eficiente e efetiva análise e gestão de riscos decorrentes da implementação, monitoramento e execução das políticas públicas, procuraria promover um fortalecimento tanto da comunicação interna, como da interação entre os órgãos e entidades da Administração Pública na gestão das políticas públicas, traria uma maior segurança e transparência das informações e, por essa razão, promoveria um incentivo à denúncia de irregularidades e controle da corrupção, focado no resultado eficiente, ou seja, na maximização do bem-estar social e na realização dos direitos fundamentais, sobretudo os de natureza social.<sup>54</sup>

A par do entendimento da CGU, no entanto, os programas de *compliance* também são vistos a partir dos seus aspectos predominantes ou do seu tipo, como por exemplo, *compliance* anticorrupção, *compliance* corporativo (empresarial), *compliance* criminal, *compliance* ambiental ou socioambiental, *compliance* trabalhista, *compliance* bancário, *compliance* na saúde, na educação ou no agronegócio, *compliance* de dados, *compliance* na tecnologia ou tecnológico, entre muitos outros.

Porém, tanto da perspectiva da CGU, quanto com relação aos tipos de *compliance*, a bem da verdade, essas matérias já vêm há algum tempo sendo

---

<sup>53</sup>CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Manual para Implementação de Programas de Integridade. Orientações para o Setor Público. Disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual\\_profip.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profip.pdf). Acesso em: 26.04.2019.

<sup>54</sup> BINDILATTI CARLI DE MESQUITA, C. *O que é compliance público? Partindo para uma Teoria Jurídica da Regulação a partir da Portaria nº 1089 (25 de abril de 2018) da Controlaria-Geral da União (CGU)*. Journal of Law and Regulation, v. 5, n. 1, p. 147-182, 5 maio 2019.

debatidas, discutidas, aprimoradas, sistematizadas, em práticas de implementação, monitoramento, aperfeiçoamento, custeio, alteração de estruturas e da própria cultura setorial, em uma visão quer preventiva, quer punitiva, é certo que existem, atualmente, algumas normas jurídicas, além de uma ampla literatura a seu respeito, constituindo um novo campo de atuação profissional inclusive, com capital intelectual cada vez mais especializado em seu conteúdo.

A intenção, nesse subcapítulo, é, contudo, a de pontuar novos elementos em prol da conformidade e, com isso, ampliar o campo de reflexão a respeito da arquitetura jurídica dos programas de integridade pública, de finalidade, como visto, regulatória.

E para que nosso objetivo seja possível, partiremos do *compliance* regulatório, que não só “tem sido utilizado por modelos estratégicos de regulação que galvanizam a cultura empresarial de negócios rumo ao interesse público” (ARANHA, 2018, p. 437), como tem permitido no setor público uma autorregulação institucional (*compliance* público ordenatório) ou uma heterorregulação política (no campo das políticas públicas), partindo, porém, a iniciativa dos programas, nestes últimos dois casos, da própria Administração Pública.

Assim, o *compliance* regulatório é, ao mesmo tempo, uma estratégia empresarial de lidar com os modelos regulatórios, sejam eles comando-e-controle ou de regulação descentralizada, como também um objeto de estudo de estratégias governamentais de regulação apoiadas em regulação ordenadora e criminalizadora ou, principalmente, apoiada na cultura de negócios do setor regulado (ARANHA, 2018, p. 441).

Nessa linha, com foco *na atividade administrativa ordenadora e criminalizadora, prestacional ou fomentadora* (ARANHA, 2018, p. 441), serão apontados alguns instrumentos inovadores para maior reflexão sobre o seu alcance no campo da efetividade e da legitimidade para o Direito (Regulatório).

A razão de ser de um programa de integridade pública, ao menos a de destaque, seria, ao nosso ver, a de auxílio na construção, dentro da Administração Pública e por meio dela, de uma *democracia administrativa participativa*, de uma *cidadania administrativa*, de técnicas de controle social baseadas, inclusive, na cultura do negócio do regulado, buscando, inclusive, a *cooperação consensualista*.

Ou seja, a sua função primordial, ou, ao menos, uma das mais importantes, é a de estimular a construção do *compliance* social (ARANHA, 2018, p. 441-446)<sup>55</sup> e, porque não, do “*compliance* democrático” da perspectiva do Estado Regulador, do público para o privado (de forma mais simplificada).

Assim, o *compliance* regulatório ingressa na regulação como justificativa central para a adoção de estratégias regulatórias alegadamente mais eficazes, mas também como um índice, entre muitos, destinado a inspirar a arquitetura de modelos regulatórios pautados pela aferição do sucesso ou fracasso de sua implementação (ARANHA, 2018, p. 449).

A modelagem normativa dos programas, diante das três perspectivas do Direito enquanto sistema autopoietico, traçadas no Capítulo 1 (intrassistêmica, intersistêmica e modulatória) seria determinante não somente para a sua efetividade e sucesso regulatório, que se daria, ao nosso ver, com a construção de uma *conformidade estrutural sistêmica* (ainda que, por vezes, setorial), como também para a própria confirmação da razão de regular (legitimação), pois seria preciso, acima de tudo, proceder de forma a fomentar a *construção legítima de abertura e de interferência sistêmicas, através da modelagem jurídica, em uma ordem de natureza democrática*.

E isso quer dizer que, inobstante a *tessitura aberta* dos direitos fundamentais (MENELICK, SCOTTI, 2012, p. 42), não somente a realização do programa constitucional de materialização eficiente de direitos fundamentais seria o ponto alto de uma sociedade democrática, como também, parece-nos, um pouco mais

---

<sup>55</sup> “O Direito, visto como técnica social, apoia-se no reconhecimento da sua influência sobre o comportamento humano e, por consequência, no pressuposto de que a disciplina normativa e a atividade administrativa ordenadora, prestacional ou fomentadora conformam as condutas daqueles que busca regular”(ARANHA, 2018, p. 441).

além, ser necessária a construção de mecanismos que permitam o *controle jurídico da autorregulação social*, em prol da redução de sub e sobre-integrações (NEVES, 2001, p. 260) - mecanismos de estabilização sistêmica (TEUBNER, 1989, p. 299- 326), em última análise.

Com o crescimento e a mudança qualitativa das tarefas do Estado, modifica-se a necessidade de legitimação; quanto mais o direito é tomado como meio de regulação política e de estruturação social, tanto maior é o peso de legitimação a ser carregado pela gênese democrática do direito <sup>56</sup> (HABERMAS, 2012, vol. II, p. 171).

#### **4.3.1 Compliance, enforcement e a construção da categoria do entendimento**

Em artigo científico desenvolvido<sup>57</sup>, procurou-se fundamentar a efetividade de um programa de *compliance* na categoria do *entendimento* tratada por Habermas (2012) ao dispor a respeito da *regulamentação normativa de interações estratégicas*, em “Direito e Democracia”:

Num caso de conflito, os que agem comunicativamente encontram-se perante a alternativa de suspenderem a comunicação ou de agirem estrategicamente – de protelarem ou de tentarem decidir um conflito não solucionado. Parece haver uma saída através da regulamentação normativa de interações estratégicas, sobre as quais os próprios autores se “entendem.

(...) Para os atores orientados pelo sucesso todos os componentes da situação transformam-se em fatos, que eles valorizam à luz de suas próprias preferências, ao passo que os que agem orientados pelo entendimento dependem de uma compreensão da situação, negociada em comum, passando a interpretar fatos relevantes à luz de pretensões de validade reconhecidas intersubjetivamente.

(...)Tais regras representam, de um lado, delimitações factuais que modificam de tal forma o leque de dados, que o ator, no enfoque de alguém que age estrategicamente, sente-se obrigado a adaptar objetivamente seu comportamento à linha desejada; de outro lado, elas precisam desenvolver, ao mesmo tempo, uma força social integradora, na medida em que elas impõem

---

<sup>56</sup> HABERMAS. Jürgen. Direito e Democracia. Tradução Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª ed., 2012, vol II, pág.171.

<sup>57</sup> BINDILATTI CARLI DE MESQUITA, C. *Reflexões sobre a arquitetura jurídica dos programas de integridade pública. Afinal, são realmente necessários?* Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 6, nº 1, p. 1-20, maio 2020.

obrigações aos destinatários, o que só é possível, segundo nosso pressuposto, na base das pretensões de validade normativas reconhecidas intersubjetivamente.

(...)Nesta linha, a coerção fática e a validade legítima deveriam assegurar ao tipo procurado de normas a disposição em segui-las (HABERMAS, 2012, p. 46-47).

No artigo, foi inclusive disposto que:

com a visão voltada aos programas de integridade pública, a tentativa de seguir a proposta habermasiana da *regulamentação normativa de interações estratégicas* na sua elaboração, implementação e dinâmica construtiva parece, em primeiro momento, não somente ser um ponto justificativo para a efetividade do *compliance* público, como também um elemento agregador da sua própria essência e necessidade, até porque a lógica comunicativa de Habermas (2012) explicaria o afloramento do próprio *enforcement* dos programas de integridade pública.

É que através do *entendimento* o *design* de um programa seria construído com a concordância e participação do regulado, o que, em princípio, geraria, a disposição para cumpri-lo. De outro lado, a exclusão do regulado do processo de formação de uma cultura de conformidade e, portanto, sistêmica, levaria, muito provavelmente, a regulação ao seu fracasso, a despeito da existência de firmes instrumentos de coerção presentes na atualidade.

Embora assimétrica a relação regulatória, ela se fundamenta numa mútua observação que pode ser conduzida para que *enforcement* e *compliance* sejam coordenados de forma a instaurar um jogo de cooperação entre reguladores e regulados, como forma de potencializar a eficiência regulatória. Para isso, a autoridade regulatória pode e deve valer-se de uma gradação de medidas que incentivem o cumprimento voluntário e inibam inobservância, reservando medidas excessivamente gravosas para comportamentos acentuadamente desviantes (LOPES, 2018, p. 200).

E se *Enforcement* é entendido como o constrangimento (legal) da conduta do administrado ou regulado para o alcance da sua conformidade com preceitos normativos vigentes, através de medidas que vão desde a persuasão até o sancionamento (LOPES, 2018, P. 195-200), então os programas enquadram-se



na linha argumentativa de Habermas em “Direito e Democracia” (2012, p. 145) de que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num *processo jurídico de normatização discursiva*.

Seria necessária, portanto, a racionalização do discurso através de procedimentos para se chegar à legitimidade do próprio Direito (Regulatório) e, portanto, à efetividade do programa de *compliance* público. A efetividade dos programas passaria, ao nosso ver, pela coparticipação do regulado e regulador (ainda que se trate de autorregulação, não existiria, no nosso entender, a confusão de papéis).

Sem esse entendimento, muito provavelmente a regulação estaria fada ao fracasso no campo dos programas de *compliance*, justamente porque eles enquadrar-se-iam nessa lógica habermasiana de busca pelo *entendimento*.

Quando se institui um programa de integridade pública, parece necessário ter-se em mente, portanto, que o que se busca como objetivo é justamente, em última análise, a legitimidade das ações e operações institucionais - a integração social sistêmica.

Então, uma regulação inteligente trabalha, sim, com a ideia de revelação dinâmica da efetividade do programa, mas, para que isso ocorra, faz-se necessário, como visto, a coparticipação da alta governança. E isso quer dizer que não basta a implementação do mecanismo de *compliance*, é necessária a constante atualização da sua *performance*.

A Administração Pública está submetida ao Princípio da Legalidade Administrativa, o que implica, necessariamente, é bem verdade, no cumprimento da lei, porquanto, em princípio, pelo programa de *compliance* parece ser necessário trazer, internamente e de forma detalhada, quais as medidas, procedimentos, condutas, atos e tecnologias que devem ser realizados, utilizados e implementados pelos executores do programa e por todos aqueles por ele alcançados.

De início, parece existir uma necessidade de imposição hierárquica em uma visão tradicional do Direito Administrativo, inclusive com a necessidade de técnicas de sancionamento baseadas no comando e controle.

Porém, se por um lado uma Instituição adota o programa que deve ser seguido em uma postura autorregulatória, por outro lado a alta administração deve definir claramente e de forma transparente, consubstanciada em seu poder hierárquico, qual a estratégia regulatória a ser seguida, para que o programa não se transforme em um mero documento indicativo do que poderia ser, em mera propaganda institucional, sem conferir legitimidade ao ato regulatório.

E na medida, então, em que vai ocorrendo a efetiva implementação e monitoramento do programa, passa a surgir a necessidade de uma regulação inteligente com a combinação de vários mecanismos de atuação para que, no jogo entre *enforcement* e *compliance*, o resultado seja o melhor possível para a estratégia institucional traçada, permitindo, inclusive, um *beyond compliance*.

Conjuntamente à constrição extrínseca consubstanciada no comando e controle, começa a fazer sentido a incidência da categoria habermasiana da *regulamentação estratégica de interações normativas*, para a construção da categoria do *entendimento*.

É que, como visto, se a legalidade administrativa busca também a *legitimação construtiva de abertura e interferência sistêmicas*, então, se além da lei central do governo, o Princípio da Legalidade Administrativa procura promover o reconhecimento das normas sociais gestadas no ambiente a ser regulado ou quase-normas, que permitem a comunicação do direito estatal com o direito periférico, especialmente no campo da regulação jurídica, considerando, agora, que a lei ou as normas jurídicas (JUSTEN, 2016, p.71) passam a ser, especialmente, *campos sociais de ação*, possuindo *natureza de estruturas subsistêmicas específicas com sentido próprio* (TEUBNER, 2005), então o conteúdo do processo de *controle jurídico da autorregulação social* deveria mesmo ser buscado em uma relação dinâmica entre sistema-ambiente (fechamento-abertura-reconhecimento), especialmente quando o agente público estivesse lidando com a discricionariedade administrativa, mas não somente.

E se assim o é, além de uma constrição baseada no comando e controle inicial, a legitimidade de um programa de *compliance* depende da sua manutenção e constante atualização de sua *performance*, como afirmado, mas agora consubstanciada em outras práticas regulatórias intrínsecas que visem o *entendimento* enquanto objetivo institucional, trabalhando, inclusive, com a questão da inovação simbiótica, desenvolvida no Princípio da Eficiência Administrativa.

Os programas deveriam chegar a, dentro da legalidade administrativa e no campo da sua legitimação, realizar o controle social contido ou indireto (intervenção reflexiva e reduzida) de outros sistemas sociais autônomos, direcionando a formação de *procedimentalizações* (reguladas).

Então, o *enforcement* dos programas parece-nos constituir uma das questões mais complexas e de conteúdo variável, porque, assim como na regulação jurídica, depende da estratégia institucional estabelecida na busca da conformidade estrutural sistêmica, em uma ordem constitucional democrática, que possui como objetivo a realização, em última análise, de direitos fundamentais por meio, especialmente, de políticas públicas no setor público.

Por isso também que, ao nosso ver, a arquitetura jurídica de um programa faz sentido se promover uma *regulamentação estratégica de interações normativas*, seguindo a lógica habermesiana da construção da categoria do *entendimento*, constituindo-se, sim, como visto, em *modelo estratégico de interferência sistêmica*, sem deixar, no entanto, de trabalhar com a ideia de *formação de processos jurídicos de normatização discursiva*.

Inseridos nesse enquadramento, seguimos com os demais instrumentos regulatórios intrínsecos, que podem auxiliar em uma arquitetura jurídica inteligente dos programas de *compliance* no setor público.

#### **4.3.2 A economia comportamental e a arquitetura de escolhas**

Entendemos que a economia comportamental e a arquitetura de escolha podem, sim, auxiliar no processo jurídico de normatização discursiva de um programa e ajudar a promover a sua efetividade.

É que a Economia Comportamental é a especialidade da Economia que reconhece a *parcela de irracionalidade humana* como um dos elementos que também permeia suas *escolhas* no mundo da vida.

Inclusive, em *Phishing for Phools*, George A. Akerlof e Robert J. Shiller (2015), destacam a necessidade de reconhecimento de uma economia comportamental para além da economia clássica, dando as suas razões de forma muito interessante:

Social psychologist/marketer Robert Cialdini has written a book full of impressive evidence of psychological biases. According to his "list", we are phishable because we want to reciprocate gifts and favors; because we want to be nice to people we like; because we do not want to disobey authority; because we want our decisions to be internally consistent; and because we are averse to taking losses<sup>58</sup> (AKERLOF; SHILLER, 2015).

Ou seja, diante dessas realidades e da parcela de irracionalidade da humanidade, instrumentos tradicionais de persuasão racional como o sancionamento (no campo do comando e controle), por exemplo, seriam inefetivos para anular ou conduzir o indivíduo ao comportamento esperado em boa parte dos casos.

Por isso, da importância dos *nudges*, que são, segundo Thaler e Sunstein (2009), “estímulos ao comportamento do indivíduo para que realize a escolha certa ou esperada”. Nessa perspectiva, têm sido até mesmo considerados como verdadeiros instrumentos regulatórios da arquitetura de escolhas (ALENMANNO; SPINA, 2014).

Thaler e Sunstein (2009, p. 107) esboçam, inclusive, seis princípios de uma boa arquitetura de escolhas, que seriam a) a promoção de incentivos como estímulo, b) a realização de mapeamentos, c) a predefinição de opções, d) o fornecimento de *feedback*, e) o reconhecimento da possibilidade de ocorrência

---

<sup>58</sup> “O psicólogo social/comerciante Robert Cialdini escreveu um livro cheio de evidências impressionantes de preconceitos psicológicos. De acordo com sua "lista", somos phishable porque queremos retribuir presentes e favores; porque queremos ser legais com as pessoas de quem gostamos; porque não queremos desobedecer à autoridade; porque queremos que nossas decisões sejam internamente consistentes; e porque somos avessos a assumir perdas” (AKERLOF; SHILLER, 2015, tradução própria).

de erros e f) a possível utilização de vias alternativas para a realização de escolhas com estruturas complexas”.

No mesmo artigo referido no subcapítulo anterior<sup>59</sup>, afirmou-se que:

E diante de certa irracionalidade própria da natureza humana, novos instrumentos da economia comportamental vêm somar-se às teorias econômicas e jurídicas regulatórias na tentativa de auxiliar na escolha e nas decisões políticas.

*Nudges*, portanto, são entendidos como “estímulos ao comportamento” e, falando em termos de Estado, reconhecíveis por um ente público em suas decisões num novo processo regulatório de arquitetura de escolhas, consubstanciado no melhor comportamento dos seus agentes.

Auxiliariam até mesmo na passagem de eventuais irracionalidades ocorridas em decisões desastrosas de políticas públicas ineficientes para uma escolha racional fundamentada no estímulo do comportamento adequado.

Para que o Estado, inclusive, absorva esse novo instrumento em suas relações com as escolhas a serem tomadas, Sunstein e Thaler (2003), dois pensadores desse modelo, sugerem a *Teoria do Paternalismo Libertário*:

we urge that libertarian paternalism provides a basis for both understanding and rethinking a number of areas of contemporary law, including those aspects that deal with worker welfare, consumer protection, and the family. Our emphasis is on the fact that in many domains, people lack clear, stable, or well-ordered preferences. What they choose is a product of framing effects, starting points, and default rules, leaving the very meaning of the term “preferences” unclear<sup>60</sup>(SUNSTEIN; THALER, 2003, p. 2-3).

---

<sup>59</sup> BINDILATTI CARLI DE MESQUITA, C. **Reflexões sobre a arquitetura jurídica dos programas de integridade pública. Afinal, são realmente necessários?** Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 6, nº 1, p. 1-20, maio 2020.

<sup>60</sup> “Insistimos que o paternalismo libertário forneça uma base para a compreensão e reanálise de uma série de áreas do direito contemporâneo, incluindo aqueles aspectos que tratam do bem-estar do trabalhador, da proteção ao consumidor e da família. Nossa ênfase está no fato de que, em muitos domínios, as pessoas não têm preferências claras, estáveis ou bem ordenadas. O que elas escolhem é um produto de efeitos de enquadramento, pontos de partida e regras padrão, deixando o próprio significado do termo “preferências” obscuro” (SUNSTEIN; THALER, 2003, p. 2-3, tradução própria).

Sustentam os autores, em síntese, que a *Teoria do Paternalismo Libertário* afastaria a regulação baseada no comando e controle para substituí-la pelo sistema de liberdade de escolhas. Não se deixa de reconhecer a influência dos arquitetos de escolhas, pois os estímulos são realmente por eles evidenciados, mas admitem que, por muitas vezes, o comando legal coercitivo chega a produzir resultados bem menos eficazes que *nudges* bem empregados (ALEMANNO; SPINA, 2014)<sup>61</sup>.

(...)A real dificuldade estaria em encontrar ferramentas regulatórias operacionais para fazer valer as “cutucadas” advindas de abundantes descobertas empíricas no campo comportamental, já que atuando como “arquitetos de escolha”, os formuladores de políticas organizam o contexto, o processo e o ambiente em que os indivíduos tomam decisões (ALEMANNO; SPINA, 2014, p. 10, tradução nossa).

Destacam a importância dos requisitos de divulgação, regras-padrão predefinidas, simplificação: i) a divulgação não deve ser meramente técnica, mas também adequada, significativa e útil; ii) as regras padrão predefinidas, porque permitem o estabelecimento de padrões sensíveis estimuladores, inclusive de escolhas ativas realizadas por seus próprios regulados; iii) a simplificação deve conter a elaboração de mensagens claras do que se espera dos reguladores ou regulados dentro da instituição ou órgão. Em síntese, apresentam-se como instrumentos que criam “um processo mais transparente e responsável para sua incorporação ao direito administrativo vigente” (ALEMANNO; SPINA, 2014, p. 11).

Reconheceu-se, no referido artigo, que os programas de integridade pública poderiam conferir eficácia normativa aos *nudges* ou estímulos ao comportamento mais adequado.

Enquanto as ciências comportamentais demonstram a extensão e os limites da ação racional e proporcionam uma melhor compreensão do comportamento humano, não existe uma estrutura pronta para incorporar seus insights sobre a

---

<sup>61</sup>ALEMANNNO, Alberto; SPINA, Alessandro. **Nudging legally: on the checks and balances of behavioral regulation**. *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 12, n. 2, p. 429-456, 2014. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/12/2/429/710410/Nudging-legally-On-the-checks-and-balances-of>>. Acesso em: 24. abril. 2019.

formulação de políticas. As modalidades concretas pelas quais as instituições públicas podem afetar o comportamento dos indivíduos também são altamente variáveis e sua força intrínseca pode depender de elementos externos, como os diferentes contextos culturais e sociais em que são usados. (...) Sob esta abordagem emergente, a análise comportamental é percebida como uma oportunidade para melhorar a eficácia, bem como a eficiência da intervenção regulatória, especialmente quando - como é frequentemente o caso - ela visa à mudança comportamental. (ALEMANNO; SPINA, 2014, p.4, tradução nossa).

Os programas de *compliance* no setor público poderiam, sim, conferir eficácia normativa aos estímulos comportamentais ou *nudges*, observando, inobstante, os limites constitucionais traçados para toda e qualquer regulação, inclusive a comportamental, que constituiria, nesse contexto, uma nova espécie de poder do Estado sobre o indivíduo, havendo a necessidade do desenvolvimento correlato de instrumentos que coíbam abusos, já que incide, diretamente, sobre o processo de tomada de decisão humana no campo de irracionalidades muitas vezes não decifráveis ou percebidas (HORTA, 2017 e ALEMANNNO; SPINA, 2014).

#### **4.3.3 A *multi-level governance* ou a governança de multiníveis**

No mesmo artigo, procuramos trazer a governança de multiníveis para dentro da arquitetura jurídica dos programas de integridade pública. Vale a pena, portanto, fazer uma pequena menção a ela.

A governança de multiníveis promove, ao nosso ver, um caminho rumo à consolidação da coparticipação, do refinamento estratégico e da decisão multicentrada no campo não somente governamental, mas especialmente das políticas públicas<sup>62</sup>:

O conceito de *multi-level governance* (MLG) ou governança de múltiplos níveis tem sua origem nos estudos de integração da

---

<sup>62</sup> BINDILATTI CARLI DE MESQUITA, C. *Reflexões sobre a arquitetura jurídica dos programas de integridade pública. Afinal, são realmente necessários?* Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 6, nº 1, p. 1-20, maio 2020.

União Europeia (UE) na década de 1990. Segundo os seus criadores, buscava-se a ampliação do conceito de federalismo com o fim de incluir multiníveis de governo para formulações e decisões políticas, além dos governos locais e supragovernamentais (HOOGHE; MARKS, 2003).

Nos estudos sobre políticas públicas, o foco recai sobre “governança em redes”, onde a dispersão de autoridade não necessariamente implica um maior constrangimento do governo central em relação aos níveis subnacionais de governo e atores não-governamentais, mas sim a uma maior cooperação em processos de tomada de decisão (HOOGHE; MARKS, 2003, tradução nossa).

Os autores Hooghe e Marks (2003) também listam a importância da dispersão da governança em várias “jurisdições” tanto no campo do federalismo propriamente dito, como nas relações internacionais, de governos locais, bem como de políticas públicas, alterando, inclusive, o eixo do compartilhamento de responsabilidades e das competências institucionais e, conseqüentemente, a natureza do *enforcement* das decisões de cunho regulatório, inclusive no campo das políticas públicas.

A governança multiníveis ou em redes pressupõe um acréscimo de participação de entidades não-governamentais nas relações de governo e, portanto, na formulação, implementação, execução e monitoramento de políticas públicas que, por vezes, não somente as direcionam, como também as definem e financiam.

Ela aflora em um contexto de sobreposição de competências e de relações público-privadas que ocorrem em redes não hierarquizadas, além de se reconhecer em um ambiente de pluralidade de tomada de decisões e no campo de uma governança multicentrada baseada substancialmente na negociação.

A governança multiníveis vai, então, de encontro a um federalismo rígido cujo objetivo era, justamente, conferir legitimidade às decisões tomadas por instituições de competências previamente definidas, mas que não tem se mostrado suficiente para abarcar a complexidade das relações sociais e de mercado da atualidade, tampouco para tomar decisões consistentes em relação a essa realidade complexa que demanda não somente especialização, mas continuidade de investimentos de capital altamente qualificado e um planejamento estratégico refinado.



Ela pode, inclusive, apresentar-se como uma espécie de redistribuição das competências intragovernamentais em múltiplas esferas, que não somente promovam a interação política em diferentes níveis, como também traga uma melhor alocação de recursos destinados às prestações de serviços públicos. Aliás, é essa a sua bandeira (HOOGHE; MARKS, 2003).”

Curioso é que a *multi-level governance* atua no campo da democratização da tomada de decisões. Se chegamos a apontar a necessidade de “*compliance democrático*”, parece ser um interessante instrumento de redução de *sub e sobre-integrações*, justamente porque admite a participação privada na tomada de decisões intergovernamentais, o que, não negamos, todavia, que ao mesmo tempo em que demonstra ser de suma importância à democratização do processo decisório e, por conseguinte, ao sucesso da regulação, traz preocupantíssimas questões referentes à captura da regulação ou do mercado e consequente desequilíbrio sistêmico:

O conceito de governança de múltiplo nível [...] chama atenção para a incorporação na complexa rede de tomada de decisão intergovernamental de atores públicos e privados, e para a necessidade desse processo ser mais transparente e aberto. Nós reconhecemos que a inclusão de atores privados em processos de tomada de decisão intergovernamental pode não ter o efeito de produzir governança mais cooperativa em alguns contextos de políticas públicas. (STEIN; TURKEWITSCH, 2010, p.5, tradução nossa).

Pensamos, a despeito dessa necessidade criteriosa de sempre prezar por um *design democrático*, que “uma arquitetura jurídica dos programas de integridade pública fundamentada no *multi-level governance* ou governança de multiníveis traria ao *compliance* público uma justificação no campo democrático fundamentada na eficiência (*compliance democrático*)”.

E se o Princípio da Eficiência Administrativa direcionaria, como vimos, o atuar administrativo para a construção de uma *coparticipação consensualista*, de uma *sustentabilidade quadripartite*, de uma *inovação simbiótica* (em prol de *designs* democráticos), da maximização de ganhos a todos os *players* ou participantes com a ampliação da *discricionariedade administrativa*, porém, agora, intensificada a sua *regulação procedimental*, mais ainda, portanto, poderíamos realmente enfatizar o fato de que a arquitetura jurídica do *compliance* público caminharia a organizar a gestão pública a partir da

governança de multiníveis ou, ao menos, *apresentar diretrizes para que órgãos e instituições o façam dentro de cada realidade setorial específica.*

Chegamos, por sua vez, a concluir no referido artigo que:

Nessa linha, o *compliance* público, arquitetando a governança de multiníveis, teria um vasto campo de atuação e justificação. Quer concedendo diretrizes, quer estabelecendo a própria estrutura funcional, a flexibilidade do instituto do *multi-level governance* e a dialeticidade do *compliance* público permitiriam um diálogo substancial entre os dois institutos.

#### **4.3.4 A quarta revolução industrial e o seu instrumental tecnológico. *Digital Manufacturing* ou *Manufatura Digital* e a eficiência *just-in-time* no ciberespaço**

Diante da chamada “Quarta Revolução Industrial”, parece ser impossível tratar de conformidade sem observar o campo virtual ou ciberespaço e considerá-lo como um dos ambientes em que um efetivo programa de conformidade deveria também ser pensado.

Por essa razão, resolvemos abrir um subcapítulo apenas introdutório a seu respeito, sem a pretensão, contudo, de esgotar o tema.

É que, ao nosso ver, o Direito, em suas três perspectivas, parece ter que considerar um novo sistema social, aquele constituído em um espaço virtual que, muito embora não esteja dissociado do espaço físico, constitui uma nova realidade que parece dever ser permeada também pelo Direito, especialmente através da regulação jurídica das novas tecnologias originárias da cibernética e da robótica.

Veja que a questão da conformidade sistêmica não possui como não adentrar, no nosso entender, nessa nova realidade consubstanciada em uma inovação instrumental no campo da tecnologia, que possui como recurso, essencialmente, dados ou informações, mas que não deixa de criar novas realidades de mercado e jurídicas.

Um programa de *compliance*, ainda que no setor público, deve também abordar e considerar a tecnologia abrangida pelo setor que se propõe regular,

no estágio em que se encontra, indicando, inclusive, a necessidade de avanços, regulações ou desregulações a ela relacionadas, sendo o caso.

Diríamos, portanto, que a arquitetura jurídica do programa também passa pela regulação jurídica da tecnologia utilizada pelo setor ou instituição e pelos seus efeitos.

Não há como colocar essa nova realidade a par dos preceitos traçados, das diretrizes construídas através de uma releitura dos *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Os vetores apresentados em cada um dos princípios devem informar, inclusive, o novo campo virtual, de forma a regulá-lo, dentro também da ideia da conformidade estrutural sistêmica e de *compliance* regulatório e democrático.

Não há como escapar de enfrentar o espaço virtual e trazê-lo para o que até então se desenvolveu durante todo esse trabalho, ainda que todo o seu instrumental seja, na atualidade, por vezes desconhecido, como muitas vezes indefinido.

O campo virtual e as novas tecnologias também devem, ao nosso ver, ser regulados pelo programa de integridade pública, diríamos até que esse é um dos grandes desafios de um programa e da sua arquitetura jurídica para o setor público na atualidade, que começa a despontar como primordial à estratégia de conformidade adotada, em especial, setorialmente.

Novas plataformas digitais, a virtualização, *utilities industry*, novas parcerias público-privadas, Industry 4.0 (*Industrial Internet Consortium* e Manufatura Avançada) são realidades que devem ser pensadas por dentro dos programas regulatórios.

Essa nova realidade virtual, que passa a conviver com o que até agora conhecemos, pulsa no seio da sociedade dependente do capital e do mercado para a produção de todos os tipos de recursos e utilidades, sob a influência de um Estado Regulador e, por vezes, Empreendedor.

Tanto a regulação (seja ela autorregulação, endorregulação ou heterorregulação), quanto o empreendedorismo podem e irão atuar no campo virtual, em novos mercados de arranjos muitas vezes puramente virtuais.

A Administração Pública já começa a lidar com essas novas tecnologias, com os resultados e os problemas delas advindos e por essa razão, sem a pretensão de esgotar o tema referente ao alcance da chamada “Quarta Revolução Industrial”, optamos por trazer ao presente trabalho alguns pontos de interesse e de debate já iniciados, a fim de tentar, por ora, dimensionar de forma aproximada essa nova realidade.

#### *4.3.4.1 Algumas tecnologias relevantes*

Seguem, por conseguinte, citações de algumas dessas novas realidades virtuais e dos seus propósitos para tentar provocar uma ampliação da discussão da abrangência de um programa de *compliance*, diante das novas tecnologias de mercado:

##### *4.3.4.1.1 IoT (Internet of Things) ou Internet das coisas*

De maneira geral, pode ser entendido como um ambiente de objetos físicos interconectados com a internet por meio de sensores pequenos e embutidos, criando um ecossistema de computação onipresente (ubíqua), voltado para a facilitação do cotidiano das pessoas, introduzindo soluções funcionais no processo do dia a dia. O que todas as definições de IoT têm em comum é que elas se concentram em como computadores, sensores e objetos interagem uns com os outros e processam informações/dados em um contexto de hiperconectividade (MAGRINI, 2018, p.20).

Bruno P. Santos e outros (2020)<sup>63</sup> estabelecem blocos básicos de construção da IoT, que facilitam a sua compreensão: “a IoT pode ser vista como a combinação de diversas tecnologias, as quais são complementares no sentido de viabilizar a integração dos objetos no ambiente físico ao mundo virtual”.

A Figura apresenta os blocos básicos de construção da IoT sendo eles:

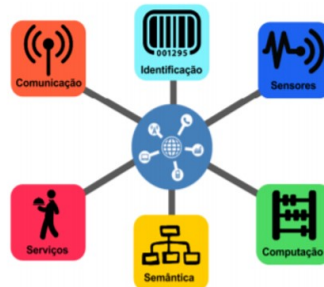


Figura 1.3. Blocos básicos da IoT

**Identificação:** é um dos blocos mais importantes, visto que é primordial identificar os objetos unicamente para conectá-los à Internet. Tecnologias como RFID, NFC (Near Field Communication) e endereçamento IP podem ser empregados para identificar os objetos.

**Sensores/Atuadores:** sensores coletam informações sobre o contexto em que os objetos se encontram e, em seguida, armazenam/encaminham esses dados para data warehouse, clouds ou centros de armazenamento. Atuadores podem manipular o ambiente ou reagir de acordo com os dados lidos.

**Comunicação:** diz respeito às diversas técnicas usadas para conectar objetos inteligentes. Também desempenha papel importante no consumo de energia dos objetos sendo, portanto, um fator crítico. Algumas das tecnologias usadas são WiFi, Bluetooth, IEEE 802.15.4 e RFID.

**Computação:** inclui a unidade de processamento como, por exemplo, microcontroladores, processadores e FPGAs, responsáveis por executar algoritmos locais nos objetos inteligentes.

**Serviços:** a IoT pode prover diversas classes de serviços, dentre elas, destacam-se os Serviços de Identificação, responsáveis por mapear Entidades Físicas (EF) (de interesse do usuário) em Entidades Virtuais (EV) como, por exemplo, a temperatura de

---

<sup>63</sup><https://homepages.dcc.ufmg.br/~mmvieira/cc/papers/internet-das-coisas.pdf>. Internet das coisas: Da Teoria à Prática. Acesso em: 30.10.2020.

um local físico em seu valor, coordenadas geográficas do sensor e instante da coleta; Serviços de Agregação de Dados que coletam e sumarizam dados homogêneos/heterogêneos obtidos dos objetos inteligentes; Serviços de Colaboração e Inteligência que agem sobre os serviços de agregação de dados para tomar decisões e reagir de modo adequado a um determinado cenário; e Serviços de Ubiquidade que visam prover serviços de colaboração e inteligência em qualquer momento e qualquer lugar em que eles sejam necessários.

**Semântica:** refere-se à habilidade de extração de conhecimento dos objetos na IoT. Trata da descoberta de conhecimento e uso eficiente dos recursos existentes na IoT, a partir dos dados existentes, com o objetivo de prover determinado serviço. Para tanto, podem ser usadas diversas técnicas como Resource Description Framework (RDF), Web Ontology Language (OWL) e Efficient XML Interchange (EXI).

No seu prefácio, a obra destaca com precisão a necessidade de se discutir os efeitos advindos da internet das coisas, dessa hiperconectividade e interoperabilidade. Ela passa a *considerar a fragmentação e a multiplicação da fonte de dados (incluindo dados pessoais)* e lida com a questão da autonomia de forma diferenciada, haja vista que não será mais possível separar o cotidiano da *internet*.

A necessidade de novos dados para a sua própria realimentação é algo marcante na internet das coisas, pensada em interação a outras tecnologias, de forma a se tornar difícil a separação de parte dos seus efeitos e, portanto, a proteção de dados pessoais e da privacidade devem ser pontos altos de discussão diante do seu avanço, tanto pelo setor privado, quanto pelo setor público.

#### 4.3.4.1.2 Cloud Computing ou computação em nuvem

A computação em nuvem é um novo mecanismo de alocação de dados na medida em que o sistema de computação vai sendo demandado. É a virtualização do próprio *data center*. Um estágio avançado de virtualização que disponibiliza novos recursos para processamento, armazenamento, conectividade, plataformas, aplicações e serviços na internet<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> TAURION, Cesar. **Cloud Computing. Transformando o mundo da tecnologia da Informação**. Rio de Janeiro: Brasport, 2009.

A sua expansão enquanto recurso vem impulsionando novos mercados.

À medida em que as empresas se interconectam em redes de valor colaborativas, trabalhando sob demanda em “organizações virtuais”, mais e mais a infraestrutura computacional deve trabalhar sob demanda. Uma organização virtual pode ser um consórcio industrial como um automotivo ou aeroespacial, no qual diversos parceiros de negócio desenvolvem projetos de um automóvel ou aeronave, de forma colaborativa, compartilhando informações, base de dados e aplicações. Um mercado que precisa responder rapidamente às mudanças nos contextos de negócios, seja para mais ou para menos, não pode ficar dependente de uma infraestrutura computacional rígida como a imposta hoje em dia (TAURION, 2009, p.9).

O autor menciona um avanço tecnológico ainda maior na medida em que os recursos vão sendo utilizados em redes pelas empresas, o tráfego de dados e o seu manuseamento passam a ser intensos e em tempo real. Essa nova tecnologia permite, inclusive, o acompanhamento das flutuações de mercado em tempo real, com diminuição de prejuízos com investimentos anteriores a ela em sistemas rígidos que não comportam as ditas flutuações e demandas de mercado (TAURION, 2009, p. 9-10).

Trata-se de uma tecnologia flexível e que consegue acompanhar a velocidade do mercado, criando o conceito de “utility”, ou seja, a sua utilização se adequa à necessidade de uso, à demanda pelo tráfego de dados em tempo real, tudo em uma realidade integralmente virtual criadora de novos mercados e relações jurídicas colaborativas atípicas, porém de valor significativo.

#### 4.3.4.1.3 *Big Data Analytics*

O termo *big data* se refere ao alto volume de dados virtuais, que são complexos, diversos, heterogêneos e que provêm de múltiplas e autônomas fontes, com controles distribuídos e descentralizados. Esse movimento já é realidade para empresas e indivíduos, e apresenta tendência emergente graças à expansão das redes computacionais, do armazenamento de

dados e da capacidade de coleta de dados (FURLAN; LAURINDO, 2017).

São trabalhos realizados primordialmente no campo da gestão de dados e processamento de informações virtuais.

Seria representado pela seguinte fórmula: *Big Data* = volume + variedade + velocidade + veracidade = valor (TAURION, 2013).

Ou seja, há uma imensa valorização dos dados virtuais que precisariam ser reconhecidos ou identificados, classificados, tratados, colocados em velocidade adequada de utilização e validados (veracidade) passando, assim, a agregar valor, a ponto da informação sobre determinado produto ou serviço chegar a valer mais do que o produto ou serviço em si, para o mercado, por exemplo.

A análise dos dados pode passar por áreas como de gestão, negócio e estratégia, comportamentos humanos e aspectos socioculturais advindos das novas tecnologias, também pode desenvolver técnicas de mineração de dados e geração de conhecimento a partir do processamento de dados. É possível até que, por meio das redes sociais e manufaturas digitais, disponibilize novas informações no mundo virtual, ampliando o conceito e a abrangência do próprio *Big Data Analytics* (FURLAN E LAURINDO, 2017)<sup>65</sup> em um processo dinâmico e infinito de constante atualização sistêmica.

Em última análise, assim como *a internet das coisas* e *a computação em nuvem*, o *Big Data* promove uma expansão altamente relevante do mundo digital ou virtual, agregando novos valores aos dados ou informações (especialmente), de forma que passa a criar novos mercados e novas relações inclusive jurídicas deles advindos. Amplia, pois, consideravelmente, o campo de incidência do que chamamos de conformidade sistêmica e, por conseguinte, de um programa de *compliance*. É indicativo o fato de que a arquitetura jurídica de um programa teria que ser pensada para além do mundo físico, abrangendo a realidade virtual e

---

<sup>65</sup> FURLAN, Patrícia Kuzmenko; LAURINDO, Fernando José Barbin. Agrupamentos epistemológicos de artigos publicados sobre *big data analytics*. Transinformação vol.29 no.1 Campinas Jan./Apr. 2017



todo o seu arcabouço digital, o que é consideravelmente um campo em expansão de possibilidades infinitas e indefinidas.

#### 4.3.4.1.4 *Cyber Physical Systems (CPS)*

De forma sintética, é importante destacar que com a evolução tecnológica houve a necessidade cada vez maior de desenvolvimento de ferramentas mais complexas, precisas e dinâmicas de integração do meio físico com o virtual, utilizando-se de equipamentos e máquinas mais potentes sim, mas especialmente de novas configurações, linguagens e equipamentos de softwares.

Um sistema ciber-físico (CPS) é um sistema de computador no qual um mecanismo é controlado ou monitorado por algoritmos básicos de computação. Em sistemas ciber-físicos, os componentes físicos e de software estão profundamente interligados, podendo operar em diferentes escalas espaciais e temporais, exibir modalidades comportamentais múltiplas e distintas e interagir uns com os outros de maneiras que mudam com o contexto. Exemplos de CPS incluem *smart grid*, sistemas automotivos autônomos, monitoramento médico, sistemas de controle industrial, sistemas robóticos e de aviação, como o “piloto automático” (tradução nossa)<sup>66</sup>.

É importante destacar, ainda, que envolve uma série de abordagens transdisciplinares e Teorias como a da Cibernética, da Mecatrônica, de Design e de Ciência do Processo. Compartilha, por vezes, da mesma arquitetura básica da *internet das coisas*, mas assume uma interação bem maior entre o mundo físico e o virtual. Quanto aos dados, a sua identificação, o seu controle, o seu

---

<sup>66</sup> A cyberphysical system (CPS) is a computer system in which a mechanism is controlled or monitored by computer-based algorithms. In cyber-physical systems, physical and software components are deeply intertwined, able to operate on different spatial and temporal scales, exhibit multiple and distinct behavioral modalities, and interact with each other in ways that change with context. Examples of CPS include smart grid, autonomous automobile systems, medical monitoring, industrial control systems, robotics systems, and automatic pilot avionics. [https://en.wikipedia.org/wiki/Cyber-physical\\_system](https://en.wikipedia.org/wiki/Cyber-physical_system). Acesso em 03/11/2020.

tratamento, a sua mineração, a sua transferência, interconexão ou o seu intercâmbio cada vez mais ocorrem em tempo real via internet.

Encontra-se em um processo de desenvolvimento de novas metodologias para aprimoramento da *interface* entre o mundo físico e o virtual, buscando atender as demandas de mercado por um maior controle de processos e uma supervisão de processos totalmente integrada:

Quanto maior for a capacidade de absorção de conhecimento, maiores os níveis de competitividade resultando numa forte presença no mercado e futura permanência no mesmo por parte da empresa. A preocupação na reformulação dos métodos de trabalho e respectiva evolução tecnológica têm tido um grande impacto no ambiente interno das empresas. As novas dinâmicas tendem para uma crescente mecanização e automação das operações, flexibilidade na produção, supervisão de processos, uso de *robots*, veículos e armazéns automatizados, técnicas *Just-In-Time* (JIT), entre outras. A exigência dos mercados é induzida cada vez mais pelas necessidades dos consumidores. A satisfação do cliente final é influenciada pela qualidade do produto, pelos curtos prazos de entrega, por altos níveis de serviços de apoio e por preços reduzidos. Simultaneamente, os tempos de vida dos produtos têm vindo a diminuir para sustentar o ritmo frenético de consumo e produção industrial<sup>67</sup>.

#### 4.3.4.1.4 *Machine-to-machine (M2M)*

Ainda seria relevante mencionar a Machine-to-Machine (M2M).

Trata-se de uma nova tecnologia que busca a comunicação entre máquinas sem qualquer intervenção humana.

Os dados são armazenados e tratados, há troca de informações e execução de ações sem a necessidade de assistência humana, utilizando-se, também, da

---

<sup>67</sup> PIRES, Luis. **Sistemas Ciber-físicos: o futuro da manutenção industrial?** [https://www.researchgate.net/profile/Luis\\_Pires12/publication/309780775\\_Sistemas\\_ciber-fisicos\\_o\\_futuro\\_da\\_Manutencao\\_Industrial/links/5bfe835a6fdcc1b8d4872ff/Sistemas-ciber-fisicos-o-futuro-da-Manutencao-Industrial.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Luis_Pires12/publication/309780775_Sistemas_ciber-fisicos_o_futuro_da_Manutencao_Industrial/links/5bfe835a6fdcc1b8d4872ff/Sistemas-ciber-fisicos-o-futuro-da-Manutencao-Industrial.pdf). Acesso em 03/11/2020.

inteligência artificial (AI) e do aprendizado da máquina (ML), de forma que passam a constituir uma utilidade desprovida da intervenção humana na sua essência, mas criadora de conhecimento e informação relevantes ao modelo de negócio a que pertencem, realizando, autonomamente, escolhas e decisões baseadas na sua lógica de funcionamento. Usam conexões ponta a ponta entre máquinas, diferente, portanto, do ambiente horizontalizado e hiperconectado do *blockchain* e da *IOT*.

A tabela a seguir retrata as suas possibilidades atuais de uso:

Tabela 1 – Possíveis aplicações para M2M.

| Aplicação             | Descrição  |
|-----------------------|--|
| Segurança e Proteção  | Controle de acesso físico, monitoramento de ambiente, sistemas de vigilância |
| Utilities             | Eletricidade, água, gás, medição   |
| Cuidados com a saúde  | Monitoramento de sinais vitais, diagnóstico remoto, telemedicina             |
| Manutenção e Controle | Automação industrial, sensores, luz, bomba                                   |
| Veicular              | Informação de tráfego, diagnóstico remoto, gestão de frotas                  |

Fonte: Kim et al. (2014).

#### 4.3.4.1.5 Blockchain

Na sequência, também relevante mostra-se a possibilidade de adoção da tecnologia *blockchain* no setor público. Outra realidade que já começa a ser implementada em alguns setores públicos e tem despertado interesses sobretudo do BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), Serpro, Receita Federal, Bacen (Banco Central), AGU (Advocacia Geral da União).

O *blockchain* é, como o nome indica, uma lista de blocos (registros) que cresce continuamente. Estes blocos são registrados e ligados entre si através do uso da criptografia, viabilizando uma rede *peer-to-peer*, baseada numa tecnologia descentralizada. Dito de outro modo, o *blockchain* é uma tecnologia descentralizada (distributed ledger), na qual as transações são registradas anonimamente. O *blockchain* é, então, um livro de registros (ledger), no qual se inscreve anonimamente informação, que é multiplicada ao longo de um

ambiente digital (network), que liga os computadores de todos os participantes (nodes), e é regularmente atualizada, de tal modo que cada um que participe nesse network pode confiar que partilha os mesmos dados que o ledger, sem necessidade de um terceiro centralizado a validar (BARBOSA, 2019, p. 210).

Trata-se de uma tecnologia disruptiva, que promove uma inovação tecnológica de produtos ou serviços através da ruptura de padrões, modelos ou tecnologias já estabelecidas no mercado a ponto de, para muito além de aprimorar tecnologias já existentes, *produzir uma série de conceitos, ideias, revisando antigos conceitos e criando um contexto favorável para que, num dado momento, uma revolução científica possa surgir e rearticular o campo do conhecimento*<sup>68</sup>. Ou melhor, *Blockchain* é uma dessas espécies raras de inovação tecnológica de disrupção, que está mais inclinada a promover quebra de paradigmas em seguimentos inimaginados da sociedade, mercado e setor público, do que a promover uma *disrupção de pequeno espectro*.

Isso porque, na sua essência e como alvo, possuiria *a redução do controle do tráfego de dados e informações pelo Estado e mercado e o fortalecimento do direito à privacidade e liberdade individual na era tecnológica então vigente*, uma espécie de rastreabilidade mitigada às vistas do Estado.

No setor público, poderíamos, então, dizer que a tecnologia *blockchain* giraria em torno de um certo panorama a seguir sintetizado:

- I. ele constituiria uma tecnologia disruptiva que cria uma nova realidade virtual, sendo de baixo espectro ou de novo mercado;
- II. promoveria uma distributividade em massa de “blocos de registro”, dotados de codificação aberta e algoritmo criptografado, reforçando, em princípio, a publicidade e a transparência da transação;
- III. afastaria a necessidade de uma autoridade central de validação de ações e resultados – distributividade livre;
- IV. intentaria a autogarantia de informações e dados criptografados em blocos;

---

<sup>68</sup> [https://pt.wikipedia.org/wiki/Tecnologia\\_disruptiva](https://pt.wikipedia.org/wiki/Tecnologia_disruptiva) – 17.07.2020.

- V. traria a imutabilidade dos blocos (dados, informações e transações) constituídos em rede;
- VI. permitiria a constante atualização sistêmica, quase em tempo real;
- VII. promoveria a rastreabilidade ilimitada de transações, de dados e informações e o aumento significativo da auditabilidade pública e do controle;
- VIII. constituiria um processo de desburocratização virtual e de busca da “máxima eficiência pública”, especialmente nas transações.

Pois bem, a par da sua função, quando se traz *blockchain* ao setor público e o classifica como instrumento de aprimoramento de políticas públicas e do seu controle social, parece-nos aflorar claramente a necessidade de se construir um diálogo entre a tecnologia e o Direito, não podendo haver o desprezo pela teoria geral de direito público, pelo microsistema legal nacional que trata de ciência, inovação e tecnologia, pelo direito à privacidade, pelos valores da liberdade individual e da livre iniciativa, consagrados, inclusive, na ordem internacional, pelo microsistema legal de proteção de dados recentemente constituído.

No entanto, nem a Lei nº 10.973/2004, tampouco o novo marco legal da ciência, tecnologia e inovação, Lei nº 13.243/2016, nem mesmo a Lei de Proteção de Dados Pessoais (LPGD) nº 13.709/2018 aparentam ter inaugurado a regulamentação de *blockchain* para o setor público, embora tragam conceitos, diretrizes e fundamentos sobre os quais, necessariamente, a ciência, a tecnologia, a atividade inovadora e a proteção de dados pessoais devam se constituir.

Essas leis e decretos regulamentadores direcionam toda a normativa referente ao direito administrativo digital ou tecnológico é bem verdade, mas nos aparenta ser microsistemas constituídos, ainda, *sob uma perspectiva vertical de normas e prioridades*, distante, porém, da *horizontalidade* peculiar (hiperconectividade) instituída pela tecnologia *blockchain*.

No entanto, está anunciada como uma das inovações tecnológicas mais promissoras para a desburocratização, inclusive digital, do setor público, especialmente através do uso dos *smarts contracts*<sup>69</sup>:

The blockchain is a worldwide decentralized public ledger for the registration, acknowledgement, and transfer of all assets and societal interaction, a society's public records bank, an organizing mechanism to facilitate large-scale human progress in previously unimagined ways. ... The blockchain is a consensus model at scale, and possibly the mechanism we have been waiting for that could help to usher in an era of friendly machine intelligence (SWAN, 2015, p. 94)<sup>70</sup>.

A interessante questão que se coloca, no entanto, é a de que se, hoje, ainda que de forma gradual, seria possível esse processo de transformação sistêmica no âmbito do poder público.

Ou melhor, de que forma a realidade *blockchain* conviveria com o direito público até então vigente, com os seus princípios, com a sua teoria geral, com o microssistema legal brasileiro que trata de ciência, inovação e tecnologia, ou seja, com o novo direito administrativo digital ou tecnológico em construção, já que nos mostra perfeitamente possível partir da premissa de que a criação e o desenvolvimento de novas tecnologias pelo mercado não seriam, sobremaneira, uma opção neutra de uma sociedade em evolução.

---

<sup>69</sup> “A smart contract is a computer program or a transaction protocol which is intended to automatically execute, control or document legally relevant events and actions according to the terms of a contract or an agreement. The objectives of smart contracts are the reduction of need in trusted intermediators, arbitrations and enforcement costs, fraud losses, as well as the reduction of malicious and accidental exceptions.” [https://en.wikipedia.org/wiki/Smart\\_contract](https://en.wikipedia.org/wiki/Smart_contract) – 20-07-2020.

“Um contrato inteligente é um programa de computador ou um protocolo de transação que se destina a executar, controlar ou documentar automaticamente eventos e ações legalmente relevantes de acordo com os termos de um contrato ou ajuste. Os objetivos dos contratos inteligentes são a redução da necessidade de intermediários confiáveis, arbitragens e custos de execução, perdas por fraude, bem como a redução de exceções maliciosas e acidentais” (tradução própria).

<sup>70</sup> O *blockchain* é um livro público descentralizado em todo o mundo para o registro, reconhecimento e transferência de todos os ativos e interação social, um banco de registros públicos da sociedade, um mecanismo de organização para facilitar o progresso humano em larga escala de maneiras anteriormente inimagináveis. ... O *blockchain* é um modelo de consenso em escala e, possivelmente, o mecanismo que esperávamos que poderia ajudar a inaugurar uma era de inteligência amigável da máquina (SWAN, 2015, p. 94, tradução própria).

(...) a tecnologia pode ser perigoso instrumento de dominação, uma vez que a sua escolha não é neutra e, no atual contexto, acaba sendo feita, em grande parte, por grandes agentes empresariais, sem transparência, *accountability* ou qualquer filtro democrático, podendo estar a serviço exclusivo dos interesses econômicos daqueles que a detêm. Assim, o recuo da regulação jurídica estatal em prol da regulação pela tecnologia, longe de possibilitar um ambiente mais igualitário, levaria, na verdade, ao domínio dos grandes gigantes da tecnologia, alguns já chamados de *net states*, tamanho o poder que já titularizam (FRAZÃO, 2017).

#### 4.3.4.1.6 Inteligência Artificial (AI); Machine Learning; Deep learning

Ainda vale a pena, no campo da inteligência Artificial (AI), trazer alguns conceitos relevantes e alguma problematização também sobre essa questão.

Embora o conceito de Inteligência Artificial (AI) não seja pacífico, interessante tentar o seu enquadramento, para que se possa analisar alguns pontos relevantes para o Direito, que decorrem da sua absorção pela sociedade pós-moderna.

Para Fabiano Peixoto e Roberta Silva (vol. ,p. 22, 2019), Inteligência Artificial(IA) *não é um ponto específico, mas uma linha e trata de uma subárea da ciência da computação que faz modelagens computacionais do comportamento humano.*

Dessa forma, a IA pode ser observada como uma *practical grounding in a business applications*, como estratégia de performance, ou como delegação de funções roboticamente praticáveis, isto é, que envolvam repetição, padrões e volumes em atividades não supervisionadas, mas sempre com fundo ético e responsável. (...) A IA associa-se à engenhosidade humana, contribuindo com velocidade e precisão, especialmente em tarefas que demandariam muito tempo, repetição de esforços e fidelidade de parâmetros (PEIXOTO e SILVA, 2019, vol. 1, p. 19-20).

### Já *Machine Learning* é:

o ramo da IA que estuda as formas dos computadores melhorarem sua performance em uma tarefa (aprenderem) por meio da experiência. Dividem-se as formas em que pode ocorrer esse aprendizado em: supervisionado – quando a base dos dados usada para treinamento recebe “anotações” de um especialista; não supervisionado – quando cabe ao sistema encontrar padrões de dados não anotados; e por reforço – quando acontece pela interação, maximizando sinais de bom desempenho (PEIXOTO e SILVA, 2019, vol. 1, p. 99).

E *Deep learning* é “uma forma específica de *machine learning*, que envolve o treinamento de redes neurais com muitas camadas de unidades” (PEIXOTO e SILVA, 2019, vol. 1, p. 99). “As redes neurais são estruturas de processamento inspiradas no cérebro e neurônios humanos, que permitem a sobreposição de muitas camadas de processamento, e um “aprofundamento” da aprendizagem”(PEIXOTO e SILVA, 2019, vol. 1, p. 99). A todo tempo, portanto, podem ser adicionadas novas camadas e mais unidades de conhecimento nessas camadas, a ponto de torná-las cada vez mais complexas, chegando-se a criar modelos ininteligíveis cuja resposta do computador por alimentação do algoritmo com dados pode chegar a ser indecifrável, dada a sua complexidade e abstração (PEIXOTO e SILVA, 2019, vol. 1, p. 100).

A grande questão para a presente dissertação é a de apontar a necessidade de se fazer uma ponte entre Direito e IA em termos regulatórios, constituindo uma *Ética de Conformidade* de utilização dessa nova tecnologia para promover a redução de vulnerabilidades tanto na sociedade, como no mercado, e preservar direitos fundamentais constitucionalmente consagrados e a livre iniciativa.

Sim porque *um algoritmo que não foi submetido à diversidade no treinamento não tem como reconhecê-la na aplicação* (PEIXOTO e SILVA, 2019, vol. 1, p. 103). E *há quem espere que a automatização de decisões por computadores represente a superação de questões subjetivas*, apostando na imparcialidade da máquina (PEIXOTO e SILVA, 2019, vol. 1, p. 102).



Coloca-se, pois, como grande desafio dessa ponte encontrar formas, se é que realmente é possível, de valores morais (individuais ou de grupos) serem, adequadamente, compreendidos e executados pela máquina (PEIXOTO e SILVA, 2019, vol. 1, p. 122):

Sem a menor dúvida, com a capacidade que temos hoje, bem como com o desenvolvimento da IA, a aplicação em soluções para a vida humana será muito mais aceita na medida em que sejam perceptíveis avanços na capacidade de dotar a IA com valores morais humanos.(PEIXOTO e SILVA, 2019, vol. 1, p. 127).

E mostra-se possível avançar ainda mais com a questão de que, até onde, no campo da responsabilidade, seria possível alcançar ou conceber uma personalidade (jurídica) passível de responsabilização *nos espaços ocupados por uma hipotética IA desvinculada do seu proprietário, desenvolvedor ou controlador* (PEIXOTO e SILVA, 2019, vol. 1, p. 128).

No campo da imaterialidade e da autonomia predominantes nos ciberespaços, qual seria a adequada medida da responsabilização pela utilização de IA por consequências desastrosas decorrentes de *human bias* e *malwares*. Provavelmente, o próprio conceito de personalidade precise ser ressignificado, elasticizado, redefinindo ou criando novas categorias fundamentais à própria regulação jurídica.

Malgrado já haja uma certa preocupação ética com os deslindes da utilização da IA, especialmente da *deep learning*, mostra-nos essencialmente fundamental a construção de *mecanismos de medição das consequências dos algoritmos*, que compõem uma IA, em um campo específico. E esse nos parece ser um trabalho para um programa de conformidade (tecnológico).

Como também o seria o desenvolvimento de *métricas éticas e de transparência de avaliação da IA*. As controvérsias de dados colocados conjuntamente, as questões éticas a eles relacionadas ou a própria omissão de dados podem vir a comprometer a acurácia do sistema tecnológico, a sua eficiência e estabilidade, proporcionando respostas antiéticas e discriminatórias para problemas reais.

#### 4.3.4.7 Conclusão. A tecnologia por dentro dos programas de integridade pública: uma opção regulatória instrumental.

O *compliance* regulatório, ao nosso ver, também deve permear a tecnologia do setor a que se pretende regular, especialmente, porque, a proposta nos parece ser realmente a de que os robôs passem a promover, inobstante já se fale em *Moral Machine*, uma intercomunicação de dados inalcançável pela mente humana, provenientes de vários sistemas sociais e, por conseguinte, apresentar estímulos ou respostas programadas a eles, evidenciando uma interconectividade que pode ser muito favorável à maior integração social, mas que denota um grau evidentemente maior de interferência sistêmica de um sistema ou subsistema social em outro e outros, intensificando e acelerando as relações sociais.

E isso desloca, ao nosso ver, necessariamente o eixo do Direito (regulatório) para a virtualidade, sofrendo, por vezes, uma maior influência em decorrência, inclusive, da política *just-in-time* (de aceleração) do ciberespaço.

Veja que já ao se tratar da internet das coisas (IoT), ressaltam-se não somente perfis como os de *hiperconectividade, interoperabilidade, fragmentação e multiplicação de fontes de dados (incluindo os pessoais)*, desenvolvendo uma nova ideia de autonomia privada, já que tudo indica que caminha para que não seja mais possível separar o cotidiano da *internet*, como também traz à tona a frenética necessidade de novos e novos dados para a própria realimentação da tecnologia, o que, pensada em interação com outras tecnologias, torna cara a necessidade de proteção de dados pessoais e da própria privacidade.

Já no que se refere ao *cloud computing* ou computação em nuvem, as possibilidades também são enormes, haja a vista que se altera o próprio conceito de tecnologia que passa, agora, a trabalhar sob demanda, atendendo a necessidades atuais de mercados puramente virtuais, constituídos com base em dados flexíveis. Reduzem-se os gastos por tecnologias flexíveis e que consigam acompanhar a velocidade do mercado, criando o conceito de “utility” – atendimento de demandas pelo tráfego de dados em tempo real, *tudo em uma*

*realidade integralmente virtual criadora de novos mercados e relações jurídicas colaborativas atípicas, porém de valor significativo* (TAURION, 2009).

Somado a esse fato, como vimos, *a internet das coisas*, *a computação em nuvem* e o *Big Data* promovem uma expansão altamente relevante do mundo digital ou virtual, agregando novos valores aos dados ou informações (especialmente), de forma que passa a criar novos mercados e novas relações inclusive jurídicas deles advindos.

E para além, ainda, através do *Cyber Physical Systems* (CPS) e do *Big Data Analytics* identifica-se não somente a reformulação dos métodos de trabalho com o crescimento da mecanização e automação das operações, flexibilidade na produção, supervisão de processos, uso de *robots*, veículos e armazéns automatizados, técnicas *Just-In-Time* (JIT), entre outros instrumentos; como também a mudança de eixo no mercado de consumo com o mercado voltado às necessidades cada vez maiores dos consumidores estimuladas, em uma mão dupla, pelo próprio mercado (curto prazo de entrega, alto nível de serviço e apoio, preços reduzidos), ao passo em que o produto passa a ser praticamente descartável para sustentar o ritmo frenético de consumo e produção industrial (PIRES, 2020).

Agora, somam-se a elas a tecnologia *blockchain* que traz, como já vem sendo adotado por alguns setores públicos inclusive, a possibilidade de 1) criar uma nova realidade virtual de disrupção, sendo de baixo espectro ou de novo mercado; 2) promover uma distributividade em massa de “blocos de registro”, dotados de codificação aberta e algoritmo criptografado, reforçando, em princípio, a publicidade e a transparência da transação; 3) afastar a necessidade de uma autoridade central de validação de ações e resultados – distributividade livre; 4) intentar a autogarantia de informações e dados criptografados em blocos; 5) tratar a imutabilidade dos blocos (dados, informações e transações) constituídos em rede; 6) permitir a constante atualização sistêmica, quase em tempo real; 7) promover a rastreabilidade ilimitada de transações, de dados e informações e o aumento significativo da auditabilidade pública e do controle; 8) e a possibilidade de constituir um processo de desburocratização virtual e de busca da “máxima eficiência pública”, especialmente nas transações.

A par de tudo isso, ainda desponta uma necessidade de, por um lado, se fazer uma ponte, como apontamos, entre Direito e a Inteligência Artificial (IA) em termos regulatórios, constituindo uma *Ética de Conformidade* de utilização dessa nova tecnologia, para tentar promover a redução de vulnerabilidades tanto na sociedade, como no mercado, e preservar direitos fundamentais constitucionalmente consagrados e a livre iniciativa; já por outro lado de, talvez, reconhecer a necessidade também real de ressignificação, elasticização, redefinição do conceito e do alcance do próprio conceito de personalidade, criando novas categorias fundamentais à regulação jurídica.

E, como visto, necessário se torna tratar, então, do desenvolvimento de *métricas éticas e de transparência de avaliação da IA*, por exemplo, já que as controvérsias de dados colocados conjuntamente, as questões éticas a eles relacionadas ou a própria omissão de dados podem vir a comprometer a acurácia do sistema tecnológico, a sua eficiência e estabilidade, proporcionando respostas antiéticas e discriminatórias para problemas reais e extremamente relevantes, caros, inclusive, para a própria ordem democrática vigente (PEIXOTO E SILVA, 2019).

O fato é que as novas tecnologias ampliam, pois, consideravelmente, o campo de abrangência da conformidade sistêmica e, por conseguinte, do seu reflexo - um programa de *compliance*, por exemplo - exigindo-lhe um processo de legitimação mais acurado, mais complexo e inteligente, que passa essencialmente, ao nosso ver, pelas diretrizes traçadas no Capítulo 2 referentes à ressignificação dos Princípios Constitucionais Administrativos, no setor público, especialmente.

Sim, porque, como analisado no capítulo 2, a despeito de todas essas mudanças, do ciberespaço, da virtualidade assimilada em tempo real, não se deixa de se fazer necessária, ao nosso ver, a construção do que chamamos de *Ética democrática*, constituída nesse trabalho a partir da Teoria Crítica de Axel Honneth, e referenciada pelos *Princípios da Impessoalidade e Moralidade Administrativa*, ainda que em um campo totalmente artificial.

Também, o controle jurídico da autorregulação tecnológica através da ideia de *legalidade ampliada* não somente passa a ser o ponto alto do *Princípio da*

*Legalidade Administrativa*, reconhecendo as normas sociais também como normas jurídicas, que fazem a ponte entre o Direito central e o periférico e, com isso, obtém-se resultados regulatórios mais eficientes, como também permeia essa nova realidade reforçando o código lícito/ilícito na redução, inclusive, de vulnerabilidades que impedem a integração social.

É possível, ainda, como apontado no *Princípio da Publicidade*, o direcionamento tecnológico através da regulação (jurídica) para a valorização não somente da transparência pública, como também, através da assunção de microssistemas especializados, buscar promover a *democracia administrativa* (participativa) e a *cidadania administrativa*, através da ampliação do âmbito de compreensão do conteúdo da informação (direito à explicação e ao esclarecimento) e, por conseguinte, de uma política de reconhecimento do controle social sobre o público, como legítimo instrumento de reafirmação da ordem democrática.

E seguindo as ressignificações apontadas no *Princípio da Eficiência Administrativa*, ainda se faz possível direcionar a tecnologia para a construção e/ou desenvolvimento, como apontamos, de uma *cooperação consensualista* entre os agentes/*players* dos setores públicos e privados, pautada na tomada de decisões por instâncias de deliberação coletivas, o que parece ser um grande avanço para a eficiência pública.

Além de que o direcionamento dessas tecnologias para uma sustentabilidade quadripartite (econômica, sociopolítica, ambiental e ética-integridade) e a assunção da ideia de inovação *simbiótica*, direcionada à construção de *designs institucionais* democráticos, casam em perfeita harmonia com as diretrizes que precisam ser observadas pelas novas tecnologias criadoras de proceduralizações virtuais que implicam, como visto, diretamente, na construções de novos arranjos de mercado e na ordem social como um todo.

É possível, então, pensar que o programa de *compliance*, diante dessa inafastável realidade, poderia traçar métricas, diretrizes e procedimentos à regulação jurídica de novas tecnologias para o setor, harmonizando-se com a autorregulação tecnológica é bem verdade, todavia, promovendo além dela uma

autorregulação ou heterorregulação jurídica da tecnologia setorial, quer dentro do setor público, ou enquanto política pública governamental, observando princípios constitucionais administrativos vigentes, em busca da construção de uma conformidade estrutural sistêmica como resultado primordial e não acidental da sua adoção pelo setor regulado ou, mais além, enquanto política pública integrante de um projeto de *Administração Pública Digital*.

E, ao nosso ver, no campo da tecnologia evidencia-se, então, com sua força máxima, a perspectiva modulatória do Direito e a necessidade de intervenção sistêmica do Direito na tecnologia de forma a influenciar a produção de utilidades que resguardem, necessariamente, a interação adequada dos sistemas sociais e, por sua vez, a integração social.

Ou seja, através dos programas de *compliance* no setor público, parece ser possível admitir a sua intervenção na tecnologia de forma a modulá-la (indireta), a fim de estimular a produção de utilidades ou limites instrumentais tecnológicos em benefício de toda a sociedade, construindo, assim, uma *eticidade administrativa* ou aprimorando da ordem democrática vigente a partir da atuação também regulatória da Administração Pública.

#### 4.4 DAS DESCONFORMIDADES ESTRUTURAIS SISTÊMICAS. A CAPTURA SISTÊMICA E O GRANDE DESAFIO REGULATÓRIO PARA OS PROGRAMAS: TRÊS QUESTÕES DE DESTAQUE

No nosso primeiro capítulo, afirmamos, com base nos ensinamentos de Gunter Teubner (1986), que o Direito (Regulatório) entra em crise quando apresenta uma incongruência entre a lei, a política e a sociedade, o que acaba por acarretar a inefetividade da lei pela não produção de mudança de comportamento, efeito pretendido para o sistema regulado (TEUBNER, 1986, p. 311).

Também, o direito regulatório compromete-se ao produzir um excesso de legalização da sociedade, o que representaria, segundo o autor, uma ameaça à necessária dinamicidade e à autoprodutividade do sistema regulatório, podendo destruir, inclusive, a reprodução de padrões tradicionais da vida social, que proporcionam a interação adequada dos sistemas sociais (TEUBNER, 1986, p.311).

E uma terceira falha do Direito (Regulatório) seria, como dissemos, o excesso, mas agora de socialização da lei. Nesse caso, a lei é capturada pela política ou economia, ou ainda por outros subsistemas regulatórios, ocorrendo a politização, a economização da lei e uma sobrecarga normativa criada por outros sistemas sociais que impedem a assimilação do conteúdo das normas (TEUBNER, 1986, p.311) e a afirmação dos programas estabelecidos na ordem constitucional.

Apontamos, ainda no mesmo capítulo, sob um outro ângulo, a interessante visão de Menelick e Scotti (2012, p. 133) que reforçam a mesma ideia com o argumento de que:

é apenas no campo dos discursos de aplicação, ao se levar a sério as pretensões de direito nele levantadas, mediante o escrutínio das especificidades daquele caso concreto, que essas pretensões poderão ser qualificadas como legítimas ou abusivas, inclusive aquelas calcadas em previsões legais literais.

É diante, pois, do reconhecimento da existência de ambientes de desequilíbrio, especialmente em países periféricos, de capturas nocivas de um sistema ou subsistema social pelo outro, seja ele econômico, político, tecnológico, ou mesmo jurídico, levando a uma desconformidade estrutural do próprio sistema social e ao afastamento, por sua vez, da integração social e da realização dos programas constitucionais voltados à realização de direitos fundamentais e profundo comprometimento da ordem democrática, é que analisaremos as três últimas questões dessa presente dissertação.

#### **4.4.1 *Compliance* Público-Privado e a obrigatoriedade do programa de integridade para contratar com o poder público no Brasil**

A exigência legal de programas de *compliance* para contratar com a Administração Pública, bem ou mal, já é uma realidade em vários Estados do país e Distrito Federal. Passou-se a exigir, por lei, a sua obrigatoriedade para

que as empresas ou organizações participem de processos licitatórios e contratem com a Administração Pública<sup>71</sup>.

A par do nosso conceito, o Decreto Federal n. 8.420 de 18 de março de 2015, em seu artigo 41, que regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, define o que seria um programa de integridade:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Em termos jurídicos, a exigência dos programas para contratar com a Administração Pública têm apresentado relevantes discussões.

Não somente a questão da constitucionalidade da previsão por lei estadual, distrital e municipal da nova exigência para participação empresarial em processos licitatórios tem sido questionada, já que a competência para legislar em matéria de licitações públicas é privativa da União (art. 22, inc. XXVII, CF/88), mas, também, há uma enorme preocupação, sobretudo do mercado, com questões não menos relevantes sobre o valor mínimo para a exigência legal dos

---

<sup>71</sup> O Projeto de Lei (PL) 4253/2020, pendente de sanção pelo Presidente da República, que estabelece a nova Lei de Licitações Públicas no país, passou, inclusive, a prever a obrigatoriedade dos programas para contratar com a Administração Pública em seu Art. 24, § 4º, nos seguintes termos:

§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.



programas em processos licitatórios e a situação dos empresários individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, especialmente.

Há fortes questionamentos quanto à validade da previsão de multas a empresas que não os instituírem e sobre os prazos para a sua implementação, sobre a possibilidade ou não, inclusive, da declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública, por determinado período de tempo, pelo descumprimento da exigência.

A segurança jurídica da obrigatoriedade legal dos programas de *compliance* no tempo também não tem trazido pouca preocupação. Aqui, o ponto de destaque é para os contratos ou convênios em curso e a aplicabilidade ou não da exigência a eles, especialmente os de execução continuada e a adequação dessa nova exigência ao art. 24 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro.

Não menos relevante tornou-se, ainda, definir se a exigência se aplica a casos de dispensa ou de inexigibilidade do processo licitatório e em que circunstâncias, sem deixar, contudo, em qualquer análise interpretativa, de ter os olhos voltados ao impacto regulatório na competitividade de mercado e, portanto, para a coletividade beneficiária da prestação público-privada a ser realizada. E, por exemplo, no caso de consórcios, parcerias público-privadas, convênios, como ficaria a obrigatoriedade dos programas, dependeriam de lei ou não, entre outras questões.

A par desses apontamentos essencialmente jurídicos, a grande questão do momento é a de que se a obrigatoriedade legal é a melhor forma de se implementar uma mudança de cultura empresarial em prol de um relacionamento público-privado mais íntegro nas contratações públicas e, por conseguinte, quais as possíveis consequências dessa exigência para a efetiva implementação, em última análise, de políticas públicas eficientes e, portanto, em prol da coletividade.

Discute-se se a regulação impingida por meio da obrigatoriedade legal e do sancionamento (comando e controle) realmente seria bem sucedida no presente caso, promovendo a efetivação de direitos fundamentais, inclusive de minorias, somada à redução das desigualdades sociais, bem como à estimulação de mercados, sobretudo os mais relevantes e essenciais ao bem-estar social.

*Uma análise principiológica.* É que a própria Lei de Introdução às normas de direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), em recente alteração, estabelece que:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018). (grifo nosso)

É bem verdade que, se por um lado o artigo 22 detém um grande grau de abstração, já que se forma a partir da concentração de vários conceitos jurídicos indeterminados, por outro lado a norma estabelece, de forma pioneira, um norte interpretativo para os atos administrativos, direção essa consubstanciada sobretudo no Princípio da Primazia da Realidade.

Interessante que o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), inclusive, aprovou, através de reunião de professores de Direito Administrativo de consideráveis instituições de ensino do país, por meio de encontro acadêmico, enunciados sobre as normas de direito público previstas na LINDB<sup>72</sup>:

Enunciado 11. **Na expressão “dificuldades reais” constante do art. 22 da LINDB estão compreendidas** carências materiais, deficiências estruturais, físicas, orçamentárias, temporais, de recursos humanos (incluída a qualificação dos agentes) **e as circunstâncias jurídicas complexas**, a exemplo da atecnia da legislação, as quais não podem paralisar o gestor.

Enunciado 13. **A competência para dizer qual é a melhor decisão administrativa é do gestor, não do controlador.** O ônus argumentativo da ação controladora que imputa irregularidade ou ilegalidade à conduta é do controlador, estabelecendo-se diálogo necessário e completo com as razões aduzidas pelo gestor.

Enunciado 16. Diante da indeterminação ou amplitude dos conceitos empregados pela lei, se, no caso concreto, **a decisão do administrador mostrar-se razoável e conforme o direito, o controlador e o juiz devem respeitá-la, ainda que suas conclusões ou preferências pudessem ser distintas caso estivessem no lugar do gestor.**

<sup>72</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Disponível em: <http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em 26.07.2019.

Claramente perceptível a vertente principiológica e o norte interpretativo a se seguir bem marcados por esse texto, na linha, porquanto, da valorização da função de gestão administrativa e de sua autonomia nas contratações.

Em última análise, é possível dizer que prevalece, diante de uma postura adequada, proporcional e razoável, a decisão tomada pelo gestor público, ao seu tempo.

O Decreto n. 9.830 de 10 de junho de 2019 que regulamenta, justamente, as normas de direito público da LINDB previstas nos arts. 20 a 30, também em seu art. 13 consagra a primazia da decisão do gestor na análise da regularidade da decisão tomada, especialmente na definição das políticas públicas:

Análise de regularidade da decisão

Art. 13. A análise da regularidade da decisão não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades da administração pública no exercício de suas atribuições e competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas.

§ 1º A atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores.

§ 2º A eventual estimativa de prejuízo causado ao erário não poderá ser considerada isolada e exclusivamente como motivação para se concluir pela irregularidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos.

Somado a isso, desde o Decreto-lei n. 200 de 25 de fevereiro de 1967, o ordenamento jurídico brasileiro já registra uma grande preocupação com o excesso de controles ou com o controle meramente formal cujo custo exceda o risco:

Art. 14. O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco.

E, a partir de então, especial destaque ao art. 90 da Lei n. 13.303 de 30 de junho de 2016, que estabelece o estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, também resguardando,

expressamente, a não-intervenção desarrazoada e a primazia da decisão do gestor:

Da fiscalização pelo Estado e pela Sociedade

Art. 90. As ações e deliberações do órgão ou ente de controle não podem implicar interferência na gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista a ele submetidas nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas.

Recentemente, ainda, foi editada a Lei de n. 13.874 de 20 de setembro de 2019 que institui a *Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado e dá outras providências*.

No capítulo da *Das garantias da livre iniciativa* (art. 4º), conceitua e tipifica o abuso do poder regulatório, apontando como indevidas condutas que restrinjam ou criem reserva de mercado em detrimento dos concorrentes, comprometendo a competitividade natural sem motivação aceitável, aumente o custo de transação sem demonstração do benefício, crie, por exemplo, demanda artificial ou compulsória de produto, serviço, ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros.

É bem verdade que, na atualidade, vem ocorrendo uma relevante mudança de mentalidade na relação empresarial com o Estado.

Diante da pressão legal e social, com a mudança de cultura e valores, vemos que hoje há uma forte demanda pela estruturação da função de *compliance* que alinhe a atuação das empresas às leis e princípios éticos corporativos (SIMONSEN, 2018, p. 108).

A recomendação de se implantar um programa de *compliance* e integridade está presente nos guias de boas práticas corporativas e encontra-se em iniciativas que visam o reconhecimento de empresas éticas, seja pela certificação ou pela divulgação de *rankings*. Como destaque temos o selo “Empresa Pró-Ética” da Controladoria-Geral da União e do Instituto Ethos, e o *ranking* do Ethisphere Institute e ISO 19.600 (Sistema de Gestão de *Compliance*) (SIMONSEN, 2018, p. 108).

E se por um lado a obrigatoriedade legal da adoção de programas de *compliance* pelas empresas, que pretendem contratar com o poder público, avança no sentido da busca pela consagração da conformidade na relação entre

Estado, mercado e iniciativa privada, por outro lado não deixa de ser menos verdade que há limites, sobretudo principiológicos, já bem definidos em uma ampla legislação para a sua exigência, especialmente a legal.

Além de que se evidencia o fato de que a *opção empresarial*, em prol da própria livre iniciativa consagrada como princípio fundamental da ordem econômica, pode apresentar-se como um dos pilares basilares da efetividade dos programas de *compliance*, ao menos diante da análise principiológica e cultural até então apresentada.

A obrigatoriedade legal traz ao regulador, no caso o Estado, um verdadeiro desafio no sentido de adequá-la a toda essa gama de princípios e normas sem, contudo, acelerar em demasia o processo cultural de absorção de novos parâmetros de integridade, que vem se desenvolvendo a seu tempo, nos últimos anos, em uma velocidade aparentemente assimilável e produtiva, já que, enquanto inovação, demanda experimentação e constante revisão conjuntural.

*Uma análise Finalística.* Mas é no campo das consequências que a exigência legal do *compliance* para contratar com a Administração Pública vai ganhando especial relevância.

A dúvida significativa que se coloca é a de qual seria a efetiva finalidade de se obrigar a implementação de um programa de integridade, para que se possa contratar com a Administração Pública, ainda que de instituição posterior à contratação<sup>73</sup>.

Sabe-se que a imposição de ônus à atividade empresarial é normalmente repassada para os preços finais dos produtos e serviços, de forma que a sociedade acaba “pagando”, mesmo que reflexamente, pela implementação positiva da função social, ainda mais quando se trata de atividades desenvolvidas em mercados pouco competitivos.

---

<sup>73</sup>Cabe reiterar que o Projeto de Lei (PL) 4253/2020, pendente de sanção pelo Presidente da República, que estabelece a nova Lei de Licitações Públicas no país, passou, inclusive, a prever a obrigatoriedade dos programas para contratar com a Administração Pública em seu Art. 24, § 4º, nos seguintes termos:

§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

A mudança cultural e normativa vem ocorrendo na esteira da melhora dos processos de gestão e de governança corporativa das empresas brasileiras, do alinhamento aos acordos internacionais assinados pelo Brasil, da verificação recente dos grandes casos de corrupção e fraude no país e pela demanda da sociedade pela melhoria da ética nos negócios. Embora há algum tempo exista no Brasil e no exterior leis que versem sobre corrupção e fraudes contra o patrimônio público, medidas vêm sendo tomadas pelos países para coibir práticas fraudulentas envolvendo lavagem de dinheiro, evasão de divisas, ocultação de bens e outros crimes financeiros ( FRAZÃO, 2011, p.203).

Por isso que a obrigatoriedade legal e o seu sancionamento vêm sendo questionados à luz de políticas de incentivo ao setor privado, que busca o reconhecimento pela empresa dos benefícios efetivos do programa de *compliance* para as suas atividades, mercado e relações com o poder público, em uma verdadeira virada cultural da sua efetiva função na sociedade.

Porém, não há fórmula milagrosa, parece ser evidentemente necessário que os benefícios da sua implementação superem os custos em uma razão altamente favorável ou a empresa, a fim de preservar a sua atividade econômica, procurará esquivar-se de absorver essa nova cultura.

E não é por menos, o programa efetivo para a empresa é aquele que promove:

proteção à marca e à sustentabilidade da empresa, ganho de imagem, credibilidade e reputação, proteção à alta administração, ampliação ao acesso a mercados financeiros, identificação e mitigação de riscos, redução do risco financeiro e do custo de capital, manutenção de acesso a contratos públicos, alocação eficiente de recursos, atração de parcerias e de funcionários (SIMONSEN, 2018, p.111).

Nota-se, então, que a opção pela implementação ou não dos programas deveria recair essencialmente sobre a empresa, em uma postura autorregulatória, a nosso ver.

Mas não é bem isso o que propõe a previsão da obrigatoriedade de implementação do programa para contratar com o poder público. Pelo contrário, toda essa dinâmica cultural em desenvolvimento é atravessada pela imposição

de um comando sobre a empresa de forma pontual e interventiva, aumentando-lhe, aqui há plena concordância, os custos do seu negócio.

Não se discute, no presente momento, se a iniciativa é ou não louvável. É claro que, bem desenhado, se apresenta, inclusive, como um novo instrumento regulatório de pressão social assimilável a ponto de poder promover, sim, profundas alterações altamente positivas na integridade do relacionamento público-privado, sobretudo.

Porém, o que não se pode olvidar é o fato de que é a subversão de uma dinâmica de “programas-implementação-incentivos”, que vinha e vem ganhando campo gradualmente, especialmente através de políticas públicas regulatórias setorializadas e adequadas a diferentes mercados.

É uma ruptura bruta. Se o Estado poderia construir uma política de incentivos consubstanciada na contratação pública e na natureza do negócio, ele mesmo, o Estado, com a obrigatoriedade legal fixada a partir de valor mínimo de contratação, renuncia ao seu poder regulatório de influenciar significativamente determinado mercado através da prática de incentivos. Sim porque, nesse caso, ou se impõe ou se incentiva. O incentivo pressupõe a livre iniciativa e adesão.

A exigência legal poderá ao mesmo tempo em que acelera a assimilação de uma cultura que vinha, a seu tempo, consolidando-se, criar, a depender do impacto regulatório causado, uma repulsa aos próprios programas e à sua dinâmica valorativa.

A estruturação da função de *compliance* não deve ter como princípio a burocracia, com procedimentos e controles excessivos, mas sim, a partir de uma atuação independente, o estabelecimento de integração com áreas de negócios que aperfeiçoe os processos, procedimentos e práticas dessas áreas, adequando-os aos riscos de *compliance* (SIMONSEN, Op. cit., 2018, p.111).

Em termos de comando e controle, nem sempre os fins têm justificado os meios, também por essa razão a nova exigência legal para que as agências reguladoras implementem, por exemplo, a análise do impacto regulatório, como regra (Lei 13.848/2019).

A fixação de parâmetros legais obrigatórios por lei, ao mesmo tempo em que impõe determinadas exigências, desonera o regulado de outras medidas extralegis de aprimoramento da integridade por outras vias que não as ordinárias (legais).

E isso pode vir, sim, em prejuízo da elaboração eficaz de *modelos estratégicos* (TEUBNER, 1986, pp. 299-326) em *compliance*, tanto pelo Estado que autolimita o seu poder regulatório de, inclusive, influenciar mercados, como pelas empresas que, obrigadas, podem deixar de encontrar motivação para *beyond compliance*, para ir além do cumprimento da lei.

Ao nosso ver, evidencia-se, o fato de que, com a obrigatoriedade legal, deixa de haver, em princípio, um incentivo para que empresas aprimorem seus programas em prol de uma maior competitividade de mercado, uma vez que o subsistema da conformidade já se encontra previamente delimitado por lei, podendo vir a desestimular a inovação em conformidade, pois vai de encontro, especialmente, com a *coparticipação consensualista*, um dos pilares do Princípio da Eficiência, como vimos<sup>74</sup>.

Há, pois, que se ficar atento à sua real efetividade e legitimação, especialmente nas relações jurídicas estabelecidas com o setor público.

*Uma análise Consequencialista.* A obrigatoriedade legal dos programas traz implicações diretas na responsabilidade do gestor, da empresa, bem como dela aflora, ao nosso ver, uma necessidade de estabelecimento de critérios previamente definidos pelo regulador, no caso o Estado, a fim de que possa aceitar como efetivo determinado programa e insuficiente outro: seria necessária uma base jurídica segura de fundamentação, mas ao mesmo tempo adaptável à constante necessidade de atualização dos programas.

---

<sup>74</sup> Em destaque no Art. 6º, XLII do PL 4253/2020 ( da Nova Lei de Licitações, aguardando sanção ou veto presidencial) a nova modalidade de licitação, reafirmando a ideia da coparticipação contratualista para contratações mais complexas:

XLII – **diálogo competitivo**: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos;



E diante, inclusive, do art. 42 do Decreto nº 8420 de 18 de março de 2015, que estabelece critérios de avaliação da existência e aplicação dos programas de integridade <sup>75</sup>, que uma segunda questão se coloca nesse contexto.

---

<sup>75</sup> Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;

III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;

V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;

VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;

VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e

XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

§ 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como:

I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores;

II - a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores;

III - a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais;

IV - o setor do mercado em que atua;

V - os países em que atua, direta ou indiretamente;

VI - o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações;

VII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e

VIII - o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o **caput**.

Admitindo que os critérios legais sejam adequados e realmente identifiquem o bom programa, ainda assim, ao Estado, em uma postura regulatória e como estimulador de investimentos, tecnologias inovadoras, novos mercados parecem ser mais interessantes estabelecer, diante do objeto da contratação pública, os requisitos que melhor lhe aprouver para o caso, com os olhos voltados especialmente à competitividade de mercado.

É que se o Estado, por vezes, pretende realmente assumir um papel empreendedor e estimulador de investimentos privados e de novos mercados, parece-lhe ser significativamente desvantajoso e contraproducente restringir o seu próprio poder regulatório com previsões legais consubstanciadas, unicamente, no valor da contratação.

Fatores como o objeto da contratação (obras públicas, fornecimentos de mercadorias, prestação de serviços), a natureza da execução dos contratos (execução continuada ou não), os prazos de duração e prorrogação, as hipóteses de prorrogação, a natureza do mercado diretamente relacionado, entre outros tantos fatores influenciam, necessariamente, no risco para a integridade.

Desconsiderá-los com a fixação legal de um único critério baseado no valor da contratação pode acabar por comprometer não somente a análise de risco para a integridade da relação público-privada, como também dificultar em demasia a análise do impacto regulatório da exigência legal para o setor privado, comprometendo, ao fim e ao cabo, a efetividade dos próprios programas de *compliance*.

É de se refletir se a norma jurídica que prevê a obrigatoriedade dos programas para contratar com a Administração Pública não poderia, na atual conjuntura, apenas autorizar que o regulador, a seu critério, preveja nos editais de licitação a exigência de forma fundamentada e vinculativa.

---

§ 3º Na avaliação de microempresas e empresas de pequeno porte, serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos neste artigo, não se exigindo, especificamente, os incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do **caput**.

§ 4º Caberá ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União expedir orientações, normas e procedimentos complementares referentes à avaliação do programa de integridade de que trata este Capítulo. § 5º A redução dos parâmetros de avaliação para as microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o § 3º poderá ser objeto de regulamentação por ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa e do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União.

Por um lado, parece que seria um passo atrás, um retrocesso. Mas pelo outro, quando nos deparamos com situações como a de um mercado restrito, ou como a de um mercado cujas microempresas e empresas de pequeno porte dominam, obrigar a implementação dos programas, promover um aumento do custo do negócio para a iniciativa privada pode levar a uma mitigação, e porque não, a uma supressão da competitividade, ou mesmo a um desinteresse do setor privado, caso, especialmente, os custos da nova exigência legal superem os seus benefícios.

Veja que o gestor ou regulador não terá autonomia para afastar a aplicabilidade da lei e deixar de exigir os programas na contratação com o poder público, nem mesmo em situações excepcionais, não ao menos na forma em que a legislação vem se consolidando.

Os programas não somente são uma inovação, como representam uma mudança de cultura por assimilação, devendo trazer benefícios também à iniciativa privada.

Portanto, não apenas os riscos para a competitividade e para a livre iniciativa, por exemplo, devem ser sobrepesados. Há questões como a dos programas de fachada, do risco de aumento de atos de corrupção nas certificações, de ausência de estrutura administrativa para certificações e fiscalização dos programas, bem como do seu monitoramento.

Frazão e Medeiros (2018, p.91), ao dispor sobre o problema dos programas de fachada ou de papel, reconhecem que uma das questões mais delicadas é a avaliação da efetividade dos programas:

Nessa avaliação, o cuidado deve ser redobrado, pois, como adverte o CADE, é possível que sejam adotados programas complexos e, em teoria, bem estruturados, elaborados por especialistas do tema, mas que, na prática, não encontram eco na cultura corporativa e são sistematicamente ignorados pelos colaboradores.

Não obstante, o primeiro passo nessa avaliação deve ser a compreensão estatal de que o programa de *compliance* não constitui uma obrigação de resultado, mas de meio, não sendo possível, a partir da mera violação, inferir ou declarar a inefetividade dos controles internos. De fato, a implementação

de um programa de *compliance* robusto não garante que não serão praticados ilícitos (FRAZÃO E MEDEIROS, 2018, p. 91).

O estabelecimento de critérios, portanto, não dispensará uma análise caso a caso para verificar a efetividade dos programas (FRAZÃO E MEDEIROS, 2018, p. 92).

E a tensão aumenta ainda mais diante da dúvida de quem analisa a efetividade de um programa de *compliance*. O Estado regulador, em princípio. Mas pode delegar essa função a entidades privadas especializadas em conformidade? Sim porque, antes era feita a avaliação para fins de atenuação de penalidade ou exclusão da responsabilidade por ato ilícito, mas, atualmente, o campo de aferição tem se expandido também para as relações negociais com o poder público e através de previsão normativa cogente.

Sem um programa de *compliance* efetivo agora não se pode contratar com o poder público, mas a cargo de quem fica o monitoramento e a avaliação periódica dos programas? Basta uma única certificação por um determinado período de tempo?

Questões como a da responsabilidade do gestor de integridade do governo não deixam também de ser relevantes. Pelo que responderia, será que o disciplinamento da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro e a sua regulamentação por decreto seriam suficientes para delimitar a sua responsabilidade ou haveria a necessidade de criação de um microsistema próprio a ser desenhado são questões que, notadamente, deverão constar da pauta do dia, para uma maior segurança jurídica de todos os atores da relação público-privada que se trava a partir da exigência legal.

Como ficaria, por exemplo, a responsabilidade do gestor de integridade diante da Teoria da Cegueira Deliberada ou da hipótese de responsabilidade por omissão imprópria e a figura do assegurado universal, além da questão de qual função ou competência pode ser delegada e a que título.

Realmente, o cenário é delicado. Mas o pior seria se, nesse panorama, a ausência de critérios objetivos suficientes junto à falta de estrutura para análises e monitoramentos reais levassem a um aumento de um ambiente propício à prática de atos de corrupção na seara, por exemplo, das certificações, já que há, com certeza, com a obrigatoriedade legal dos programas para contratar com a

Administração Pública, uma implicação direta no mercado com a elevação dos custos do negócio e possível restrição da competitividade, como analisado.

A despeito de todas essas prováveis consequências, existe, ainda, a questão do agravamento do risco de abuso do poder regulatório, se não houver um equilíbrio de exigências por parte do poder público, com um possível aumento de judicializações em processos licitatórios.

E no final das contas, também é fato que quem absorve os custos de todo esse processo será sempre a sociedade.

Para Gunther Teubner (1986, p.307, tradução própria), “empiricamente, a crise do direito regulatório é identificada como uma incompatibilidade das lógicas internas dos diferentes sistemas sociais”.

Diante desse quadro, afirma que “o ponto crucial é que os modelos internos não funcionem como receptores passivos de informações externas, mas como projetistas ativos do ambiente do sistema”(TEUBNER,1986, p.307, tradução própria).

Uma regulação somente será bem sucedida se mantém uma interação interna autoprodutiva dos elementos nos sistemas reguladores, direito e política, que é ao mesmo tempo compatível com interações internas autoprodutoras no sistema regulado(TEUBNER,1986, p.312, tradução própria).

O método parece realmente apontar para os estudos de caso não generalizáveis conjuntamente, com conclusões indutivas cautelosas da experiência para futuras regulamentações (TEUBNER,1986, p.313).

Aparenta-nos, então, que sem um desenho regulatório dessa nova realidade, sem um estudo aprofundado desse novo subsistema legal, da sua referibilidade e interação com os outros sistemas sociais, sobretudo o econômico, a efetividade da exigência pode vir a ficar desastrosamente comprometida, já que a inovação demanda experimentação para consagração de modelos regulatórios altamente eficazes e, por sua vez, constante aprimoramento de *design* regulatório.

Com fundamento em Gunther Teubner (1986), diríamos, por fim, que um caminho possível seria, a cada contratação, promover-se pelo Estado uma análise empírico-indutiva da realidade (objeto de contratação e mercado), para o estabelecimento de parâmetros variáveis de obrigatoriedade, diferente, no

entanto, do atual contexto jurídico vigente, sem deixar de lado a importância, no entanto, de políticas de incentivo ao setor privado.

#### **4.4.2 Compliance Público Ordenatório e o assédio institucional no setor público**

A primeira pergunta que se apresenta no presente subcapítulo é a do que seria, exatamente, *assédio institucional*.

O tema parece estar muito bem conceituado e desenvolvido na nota técnica elaborada pelos pesquisadores doutores do IPEA ( Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) Frederico A. Barbosa da Silva e José Celso Cardoso Jr.(2020)<sup>76</sup>:

É uma prática deliberada que desorganiza os vínculos institucionais, atacando saberes constituídos, pessoas, práticas e objetivos, com a finalidade muitas vezes explícita de degradar as condições de trabalho e a normalidade institucional. Mais grave, porém, são as possibilidades de que esses movimentos desorganizem as instituições republicanas que garantem processos democráticos e direitos substantivos, ou seja, os direitos individuais, coletivos e sociais, todos fundamentais ao país.

(...)Entretanto, no contexto atual, críticas abertas e francas têm revelado outros sentidos, mais insidiosos, porque têm se desdobrado em processos de desconstrução institucional. Eles se desdobram em pelo menos três dimensões: i) não há necessidade de convencimento e justificação argumentativa das novas orientações; ii) as resistências institucionais decorrentes da história e da cultura organizacional podem ser vencidas com a desidratação financeira, destituição ou deslocamento de competências formais ou gestão orientada por valores antagônicos aos objetivos institucionais; iii) há, não raro, desconstrução discursiva dos objetivos das instituições.

(...)Em outras palavras, o **assédio institucional** se refere a práticas de caráter intencional que têm como objetivo humilhar, destruir ou desautorizar posições administrativas e políticas, valorizando instâncias específicas de poder social.

Seguem afirmando que a situação se agravaria, ainda mais, quando o assédio institucional é tratado como *método de governo*, a fim de anular “práticas

---

<sup>76</sup> BARBOSA DA SILVA, F. A. e CARDOSO JR., J. C. **Assédio Institucional no Setor Público como método de governo: definições, caracterizações e implicações para o setor público federal brasileiro**. Nota técnica do IPEA/AFIPEA, out. 2020. Disponível em: <http://afipeasindical.org.br/content/uploads/2020/10/NT-Afipea-35-14-ZC-e-FB-1.pdf>. Acesso em 07.11.2020.

consagradas pelas instituições e pela ciência, pelos saberes e conhecimentos organizacionais que correspondem às necessidades do serviço público e do interesse geral” (BARBOSA e CARDOSO, 2020, p. 3).

Veja que a denúncia alcança o entendimento, inclusive, de que o fenômeno representa tanto “uma categoria sociológica e jurídica nova, quanto processo histórico concreto por meio do qual princípios, valores e fundamentos reais da democracia e do republicanismo estão em desconstrução no Brasil atual” (BARBOSA e CARDOSO, 2020, p. 3).

Ressaltam a tamanha gravidade do assédio institucional, que tem representado a captura dos demais sistemas pelo sistema político, de forma a modificar significativamente as relações de poder, promovendo, de dentro para fora e, de certa forma, de maneira velada, a desconstrução das instituições em prol de intenções políticas e a concentração de poder político, resgatando, por sua vez, aspectos de um *estado de exceção fundamentalista*, consubstanciado em uma *agenda disruptiva de laços de solidariedade* e na tremenda *desigualdade de renda e social*.

Segundo Frederico Barbosa e José Cardoso (2020, p. 9), o assédio institucional no setor público possui uma vertente organizacional e outra de conteúdo moral, “mas em ambos os casos, trata-se da forma dominante de relacionamento entre distintas instâncias ou organizações hierárquicas em cada poder da União e nível da federação”.

No seu aspecto moral, trazem o já conhecido assédio moral no trabalho, que é comum também na iniciativa privada.

No setor público, o assédio institucional de expressão moral caracteriza-se por ameaças físicas e psicológicas, cerceamentos, constrangimentos, desautorizações, desqualificações e perseguições, geralmente observadas entre chefes e subordinados (mas não só!) nas estruturas hierárquicas de determinadas organizações públicas, redundando em diversas formas de adoecimento pessoal, perda de capacidade laboral e, portanto, mau desempenho profissional no âmbito das respectivas funções públicas (BARBOSA e CARDOSO, 2020, p. 9).

Citam os três principais objetivos de um processo de que chamam de *desdemocratização e desrepublicanização* institucional:

- i) *desorganizar* – para reorientar pelo e para o mercado – a atuação estatal; ii) *deslegitimar* as políticas públicas sob a égide da CF-1988; e iii) por fim, mas não menos importante, *desqualificar* os próprios servidores públicos, mormente os estatutários, sob guarida do RJU criado na CF-1988.

Ainda que os autores tratem o assédio institucional de forma nacional, como disseram, como *método de governo*, ao nosso ver, o problema também não deixa de ser relevante quando essa prática desconstrutiva é assimilada através da cúpula ou da alta direção, por algumas instituições, em um processo de desconstrução interna de funcionalidades, de competências, de transparência e de desprocedimentalização irracional, destruidoras da própria razão de ser constitucional da instituição ou órgão público.

E isso pode ocorrer, ao nosso ver, inclusive, independente de uma visão macroeconômica que fundamente esse fenômeno, uma vez que parece ser possível identificar práticas de assédio institucional com a finalidade mais restrita, porém não menos danosa, de simplesmente modificar as relações de poder locais, com a intenção de sustentar interesses de determinados grupos em detrimento do interesse público predominante no âmbito de uma instituição.

Daí a questão referente ao *compliance* anticorrupção, pois deixa-se de saber exatamente o que seria lícito e ilícito, rompendo a linha já tênue entre essas duas realidades, que precisariam de ressignificações e reclassificações dinâmicas a depender dos acontecimentos políticos e econômicos, especialmente. Demandariam, a bem da verdade, uma recolocação jurídica a todo tempo atualizável, que observasse os vetores constitucionais preestabelecidos, através, inclusive, de princípios consagrados pela ordem democrática e republicana, como vimos no Capítulo 2.

Torna-se, pois, extremamente relevante a atuação do Direito (Regulatório) em suas três perspectivas (intrassistêmica, intersistêmica e modulatória), concomitantemente. E parece ser possível que se utilize, como instrumento regulatório (modelos estratégicos), dos programas de integridade pública, embora o trabalho nos pareça significativamente árduo.



É preciso ter claro que, diferentemente do assédio moral tradicional, o assédio institucional de natureza organizacional caracteriza-se por um conjunto de discursos, falas e posicionamentos públicos, bem como imposições normativas e práticas administrativas, realizado ou emanado, direta ou indiretamente, por dirigentes e gestores públicos localizados em posições hierárquicas superiores. Esta prática implica em recorrentes ameaças, cerceamentos, constrangimentos, desautorizações, desqualificações e deslegitimações acerca de determinadas organizações públicas e suas missões institucionais e funções precípuas (BARBOSA e CARDOSO, 2020, p. 10).

Interessante que os pesquisadores reconhecem a opacidade do assédio institucional e, por conseguinte, *a precariedade de uma regulação jurídica* com a finalidade de combatê-lo ou reduzi-lo e chegam a afirmar que:

Com isso, o problema central do ponto de vista republicano e democrático talvez seja exatamente a destruição das possibilidades de construção de sujeitos, atores sociais e da normalidade ou segurança relativa ao funcionamento das instituições que têm estruturas e objetivos delimitados, jurídica e politicamente.

(...) Como existe um descasamento estrutural entre política, direito como legalidade e Constituição, há também uma ampla zona de opacidade na atuação do Executivo, suas escolhas, ascendência sobre a administração e de ambos com os princípios impressos na mesma. Essas relações têm que ser constantemente reinterpretadas, sendo que os limites nem sempre estão positivados ou visibilizados nos códigos (formais e informais) estabelecidos, exigindo a mobilização de múltiplos valores e atores políticos e morais.

Portanto, para reverter tal quadro de desconstrução, há uma questão de extrema relevância na discussão sobre o desenvolvimento: a ideia de que garantir direitos, promover a proteção social e gerar oportunidades de inclusão são, não apenas objetivos plausíveis, mas também condições necessárias a qualquer projeto nacional (BARBOSA e CARDOSO, 2020, p. 12 e 17, grifo nosso).

As ideias dos pesquisadores doutores Frederico A. Barbosa da Silva e José Celso Cardoso Jr.(2020) não somente reforçam, como também confirmam as

ressignificações que trouxemos no Capítulo 2, especialmente aos *Princípios da Impessoalidade e da Moralidade Administrativa*, constituídas através de uma razão prática e consubstanciadas em uma Teoria Crítica da Justiça apoiada em Axel Honneth (2003 a).

Um programa de *compliance* público ordenatório deveria, ao nosso ver, especialmente diante dessa prática perversa denunciada, que aniquila a ordem democrática e republicana, buscar a impessoalização de demandas e de respostas públicas, promover a reconstrução normativa da intersubjetividade dentro de uma lógica de reconhecimento e lutas sociais pelo reconhecimento (“Liberalismo Hegeliano da Axel Honneth”), identificando e tratando vulnerabilidades sociais, em uma processo de construção de elementos estruturais seguros, por meio do estabelecimento de padrões objetivos de reconhecimento, estimulando o ancoramento ético de práticas sociais.

E sem ignorar a empiria, promover análises categoriais e formas reguladas e aceitas de reconhecimento social, consubstanciadas na inclusividade, bem como na individuação do ser humano e respeito ao direito das minorias.

Parece-nos ser preciso, portanto, que um programa, em sua regulação jurídica, estabeleça mecanismos de proteção do reconhecimento recíproco, da valorização ética não somente da autorrelação prática do indivíduo, como também da valorização positiva do outro. Procure, portanto, identificar e valorizar o núcleo normativo inerente aos padrões de reconhecimento, promovendo a regulação das formas de reconhecimento recíproco, também através da reconstrução normativa de práticas morais com amplo conteúdo social, tudo conforme visto especialmente no Capítulo 2.

(...)Em suma, inclusão e proteção são elementos constitutivos cruciais para estratégias e trajetórias de desenvolvimento com maior equidade. A expansão e a consolidação dos direitos civis, políticos e sociais, reunidos sob a ideia de cidadania, devem, portanto, orientar os caminhos da republicanização e da democratização em nosso país. O processo mencionado requer participação e engajamento do poder público em todas as suas esferas e dimensões, bem como da sociedade civil e setores produtivos (BARBOSA e CARDOSO, 2020, p. 17-18, grifo nosso).

Ou seja, o *compliance* público ordenatório, para promover uma conformidade estrutural sistêmica, no que se refere ao presente tema de *assédio institucional* e as suas consequências nefastas para a democracia brasileira, e para que seja efetivo e não de fachada, parece-nos precisar trabalhar com a ideia, dentro das instituições, de construção, como vimos, de uma *eticidade democrática* e isso requer do Direito (Regulatório) a assimilação das três perspectivas do Capítulo 1 – intrassistêmica, intersistêmica e modulatória, especialmente porque a sua interferência sobre outros sistemas sociais reflete, ainda que do forma indireta, em aspectos significativos das Instituições Públicas (pessoais, organizacionais, procedimentais, estruturais, funcionais, entre outros).

#### **4.4.3 Compliance Público Político e o discurso da autossuficiência da regulação tecnológica**

Nossa escolha não é entre ‘regulação’ e ‘não regulação’. O código regula. Ele implementa valores, ou não. Permite liberdades, ou as desqualifica. Protege a privacidade ou promove o monitoramento. As pessoas escolhem como o código faz essas coisas. As pessoas escrevem o código. Assim, a escolha não é se as pessoas vão decidir como o ciberespaço é regulado. Pessoas – codificadores – irão. A única escolha é se nós, coletivamente, teremos um papel no que eles escolherão – e assim em determinar como estes valores serão regulados – ou se, coletivamente, permitiremos que os codificadores selecionem nossos valores por nós. (LESSIG, 2000)

Como estamos no campo do *compliance* público político, então a tecnologia deve ser vista como política pública. E é nesse viés que seguiremos.

Os objetivos da *Estratégia do Governo Digital* na esfera federal brasileira, no campo da tecnologia aplicada, são marcados por uma carga axiológica significativa e direcionam a própria tecnologia no âmbito do setor público, estabelecendo diretrizes bem precisas:

Oferecer serviços públicos digitais simples e intuitivos, consolidados em plataforma única e com avaliação de satisfação disponível; conceder acesso amplo à informação e aos dados abertos governamentais, para possibilitar o exercício da

cidadania e a inovação em tecnologias digitais; promover a integração e a interoperabilidade das bases de dados governamentais; promover políticas públicas baseadas em dados e evidências e em serviços preditivos e personalizados, com utilização de tecnologias emergentes; implementar a Lei Geral de Proteção de Dados, no âmbito do Governo federal, e garantir a segurança das plataformas de governo digital; disponibilizar a identificação digital ao cidadão; adotar tecnologia de processos e serviços governamentais em nuvem como parte da estrutura tecnológica dos serviços e setores da administração pública federal; otimizar as infraestruturas de tecnologia da informação e comunicação; e formar equipes de governo com competências digitais (Art. 9º do Anexo I do Decreto nº 9.319, de 2018).

Porém, por detrás dos objetivos traçados de forma clara e específica, há propósitos, diretrizes e princípios que senão expressos, ao menos intuitivamente ou de maneira implícita, informam e direcionam a tecnologia enquanto política pública governamental.

Interessante citar, a fim de exemplificar a nossa assertiva, o caso do Canadá quanto à busca do estabelecimento de uma política de IA (Inteligência Artificial) responsável.

Em 2018, a *Montreal Declaration for a Responsible Development of Artificial Intelligence*<sup>77</sup> apresentou três propósitos com a finalidade de se absorver, ao máximo, os benefícios proporcionados à sociedade pela tecnologia IA, trazendo uma visão ética e estratégica a seu respeito: 1) Desenvolver uma estrutura ética para o desenvolvimento e uso da IA; 2) Orientar a transição digital para um benefício coletivo e 3) Abrir um espaço/fórum de discussão para avanços coletivos e desenvolvimento inclusivo e sustentável da IA.

Ao enunciar os princípios sobre os quais a nova tecnologia de IA deve se sustentar, não se deixou, porém, de apontar os seus riscos e áreas de impacto como: restrição de escolhas de indivíduos ou grupos, diminuição do padrão de vida, prejuízos para a organização do trabalho, direcionamentos políticos, impactos em direitos fundamentais e a exacerbação de desigualdades sociais e econômicas (PEIXOTO, 2020, vol.5, p. 120).

Ainda assim, entendendo ser uma realidade inevitável e constituir um benefício significativo fruto da evolução da própria sociedade, estabelecem,

---

<sup>77</sup> **Montreal Declaration of a responsible development of artificial intelligence**.2018. Disponível em: [https://docs.wixstatic.com/ugd/ebc3a3\\_bfd718945e094571890cef164f97427.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/ebc3a3_bfd718945e094571890cef164f97427.pdf). Acesso em 16/11/2020.

inobstante, princípios sobre os quais a estruturação deva ser feita para mitigar os riscos apontados, buscando uma conformidade jurídica e política para o próprio sistema tecnológico de IA .

Curiosa, por sua vez, é a **natureza substancialmente intersubjetiva** dos seus conteúdos.

A Declaração de Montreal(2018) estabelece o Princípio do Bem-estar, que afirma que *o desenvolvimento e uso de sistemas de IA devem ajudar a aumentar o bem-estar de todos os seres conscientes*; o Princípio do Respeito pela autonomia, buscando a não disseminação de *informações falsas, mentiras e propagandas não confiáveis* ao mesmo tempo em que a IA deve respeitar a autonomia das pessoas, proporcionando-lhes um aumento de controle sobre as suas próprias vidas e ambiente; a Proteção aos Princípios da Privacidade e Intimidade procura estabelecer a proteção da privacidade e intimidade *contra intrusões de IA e sistemas de aquisição e arquivamento de dados (DAAS)*, bem como preservar o direito à *desconexão digital em suas vidas particulares sem inserção de mecanismos de incentivo à conexão* e, quanto à autoimagem, visa impedir a *construção de falsas aparências pessoais com o intuito de prejudicar a reputação de alguém ou manipular outras pessoas*; o Princípio da Solidariedade, enunciando a impossibilidade de um sistema de IA prejudicar *laços de solidariedade entre as pessoas e gerações*, bem como o dever de promover *relacionamentos humanos e reduzir vulnerabilidades e isolamento das pessoas, não devendo buscar substituí-las em relacionamentos humanos de qualidade*, atuando de modo apenas colaborativo e de incentivo a relacionamentos pessoais; o Princípio da Participação Democrática, firmando a ideia de que *os sistemas de IA devem atender à inteligibilidade, à justificabilidade, a critérios de acessibilidade e devem poder ser submetidos ao escrutínio democrático, debate e controle*; o Princípio da Equidade, devendo contribuir para o aprimoramento da justiça e igualdade sociais, evitando qualquer discriminação étnica, cultural ou religiosa; o Princípio da Inclusão e Diversidade, trazendo a ideia de que a IA não deve *restringir o escopo das escolhas de estilo de vida e experiências*; o Princípio do Cuidado, que também pode ser chamado de Princípio da Precaução, construído sobre uma *lógica de cautela* e antecipação de consequências discriminatórias e de exclusões nefastas, inclusive quanto à confidencialidade de dados e intimidade, em uma política não

somente de testes prévios, como também mitigatória de riscos à coletividade; o Princípio da Responsabilidade, em que é enunciada a vedação do enfraquecimento do ser humano, de sorte que *somente seres humanos podem ser responsabilizados por decisões decorrentes de recomendações feitas pelo sistema e pelas ações que dele decorrem*; e, por fim, o Princípio do Desenvolvimento Sustentável no sentido da construção de uma sustentabilidade ecológica para o planeta (PEIXOTO, 2020, vol.5, p. 120-128).

Tais princípios representam vetores a serem observados, assim como os traçados no Capítulo 2 da presente dissertação. A bem da verdade, eles se misturam e se confundem, ao menos em um patamar mais abstrato, a ponto de parecer constituir uma única ordem jurídica, independente do espaço (real ou virtual), a despeito de suas especificidades e peculiaridades, que, como vimos, apresentar-se-iam como secundárias.

Os dois contextos - o virtual e o real - permitem-nos afirmar que não é verdade, por sua vez, que a autorregulação tecnológica é suficiente para garantir o equilíbrio dos sistemas sociais, independentemente de interferências jurídicas para produzir o equilíbrio entre o sistema político, econômico, jurídico e tecnológico, ao menos. Tampouco, que os princípios mencionados na política tecnológica canadense, por exemplo, decorrerão de forma natural da própria regulação de mercado ou social de determinada tecnologia.

Em verdade, parece-nos que, da mesma forma que se consagrou historicamente que o mercado precisa sofrer intervenções jurídicas (regulação) para o seu reequilíbrio, em prol da garantia da livre iniciativa e da própria liberdade concorrencial (direito antitruste, por exemplo), a tecnologia parece-nos necessitar da regulação jurídica, ao menos para a sua adequação às diretrizes políticas e aos propósitos de sua adoção e implementação pelo setor público, em um comportamento de transparência pública. Mas não somente, também para a sua própria conformação sistêmica.

Na sua relação (comunicação) com o Direito, em uma postura reflexiva de caráter *procedimental e performativo*, diríamos que a tecnologia poderia também assumir os três tipos fundamentais de reflexividade vistos no Capítulo 1 – *a reflexividade cognitiva, a reflexividade normativa e a reflexividade medial* – o conhecimento, o autorreconhecimento e o meio de comunicação (aplicado sobre si mesmo) (TEUBNER, 2017, p. 327, tradução própria).

É que, mesmo que aceitemos a premissa de que, hoje, para muitas tecnologias disruptivas, não possuímos uma arquitetura regulatória eficiente a partir das teorias existentes, acreditamos, ainda assim, poder afirmar que o Direito (Regulatório), através dos Princípios que retratam a ordem social, como vimos, é quem também contribuiria, conferindo sentido material à evolução tecnológica para a humanidade.

Seja porque apresenta diretriz social e cultural à imaterialidade tecnológica, quer porque, diante de desvios tecnológicos significativos, possui um instrumental que confere ao regulador um arsenal considerável para o desenvolvimento de uma arquitetura de soluções jurídicas, ou mesmo por promover interferências legítimas em outros sistemas sociais, buscando, através de modelos estratégicos, a manutenção ou aprimoramento de uma ordem democrática.

Não há razão para negar a criatividade regulatória também a partir do Direito, a despeito, é bem verdade, da necessidade de qualificação digital de seus operadores em qualquer esfera de poder político, para que a inovação, inclusive, seja assimilável.

Também não faz o menor sentido afastar o Direito da Tecnologia, sob o argumento falacioso de que o Direito impediria a sua evolução, se a garantia da própria sobrevivência tecnológica, na visão da Teoria dos Sistemas Sociais, depende da sua inserção na lógica de sistemas sociais, que, como visto (Capítulo 1), convivem e sofrem interferências mútuas, somando-se na busca da integração social.

Desai (2017) aponta, pendendo para o lado pró-regulação legislativa, para quatro benefícios para uma regulação. Em primeiro, a regulamentação poderia evitar, na sua visão, o problema da inaptidão de sistemas tradicionais (ou fragmentos e analogias) de regulação já existentes; em segundo, a possibilidade de se abordar o dinamismo do campo; em terceiro, a regulação de softwares e algoritmos, tal qual outras regulações, pode oferecer a clareza sobre alcances e verificações, permitindo uma estrutura de conformidade. Em quarto, os ganhos pela especialização, com a estruturação de etapas e termos técnicos, na existência de um *framework* próprio, reduzindo, com o tempo, objeções. Desai aponta para a regulação inteligente pela lei como uma alternativa positiva e consistente em termos de segurança e governança (PEIXOTO e SILVA, 2019, vol.1, p.74 *apud* DESAI, 2017).

Inicialmente, é a nós possível concluir que a tecnologia não somente precisa ser juridicamente regulada para o seu direcionamento político-instrumental e principiológico, como, especialmente, para que garanta a sua autonomia e sobrevivência enquanto subsistema social. Além de que ela é imprescindível à construção da conformidade estrutural sistêmica desenvolvida até então, porque torna-se cada vez mais um fator social de relevância primária, um componente inevitável da sociedade pós-moderna.

Os programas de conformidade no setor público, enquanto mecanismos regulatórios de integração social sistêmica, precisam inserir-se nessa realidade, para que possuam efetividade e ampliem o campo de sua legitimidade social.



## 5 CONCLUSÃO

O objetivo da presente dissertação foi o de demonstrar que os programas de *compliance* no setor público são mecanismos jurídicos regulatórios de intervenção sistêmica, que auxiliam significativamente na construção de uma *eticidade administrativa* e de uma *democracia administrativa*, através da regulação que promovem.

Os programas de *compliance* no setor público representam modelos estratégicos altamente especializados que permitem o afloramento da função modulatória do Direito na sociedade.

A função modulatória do Direito foi reconhecida e desenvolvida na presente dissertação a partir de algumas teorias críticas de suma relevância. A presente dissertação conferiu especial destaque às ideias de *autopoiese* do Direito de Gunther Teubner (1989), dentro da perspectiva da Teoria dos Sistemas Sociais, também à comunicabilidade do Direito com o meio envolvente com apoio em Jürgen Habermas (2001), bem como o presente trabalho trouxe uma iniciação à Teoria Crítica da Justiça proposta por Axel Honneth (2003a), ao tratar do reconhecimento social.

A abordagem da perspectiva modulatória do Direito permitiu-nos reconhecer que o Direito atual passa, também, a *intervir de forma limitada e reflexivamente* em outros sistemas e assume, assim, a responsabilidade pelos resultados, sem, no entanto, produzir diretamente as utilidades de interesse público, que caberão a cada sistema social autônomo (LOPES, 2018, p. 113).

Constatamos, então, que o Direito passa, na perspectiva modulatória, a identificar o *ponto de intervenção sensível* no sistema social sobre o qual atuará e, a partir de então, a agir de forma estratégica em prol de uma *regulação jurídica contextual* (TEUBNER, 2005, p. 38).

Demonstramos, por sua vez, que o Direito passa a ter uma “nova” função, nas palavras de Gunther Teubner (1989, pp. 299-326) - a de construção de *mecanismos de imunização centrais sistêmicos*, que permitam a integração social através da estabilização dos sistemas sociais, evitando sub-integrações e sobre-integrações nocivas à toda sociedade (NEVES, 2001).

Perante a Teoria dos Sistemas Sociais, reconhecemos que o Direito deve, então, atentar para a necessidade de reprogramação da dinâmica sistêmica de

abertura/fechamento, substituindo a conceitualização e a estruturação pela *procedimentalização e transformação dinâmica intrassistêmica* através de *instituições de ligação ou links institucionais*, que devem estar aptas a *reproduzir as diferenças discursivas fundamentais* (TEUBNER, 2005, p. 97), promovendo, assim, sem fundi-las ou neutralizá-las, a conexão entre os sistemas e subsistemas sociais.

Foi, então, que concluímos que, para a sua legitimação, o Direito precisaria promover a *investigação concreta da lógica própria do campo a ser regulado*, desenvolvendo mecanismos de conversão de conteúdo (ambiente-sistema) e de acoplamento e desacoplamento de entradas e saídas (sistema-ambiente).

O foco, como a maior razão de ser, sempre foi no reconhecimento de que, no final das contas, o que realmente traria sentido ao Direito é a busca constante do aumento da fruição equânime dos direitos humanos e fundamentais e a preservação/aprimoramento de uma ordem democrática.

Foi preciso, então, desenvolver conceitos como o de *eticidade democrática*, *democracia administrativa participativa*, *cidadania participativa* e *inovação simbiótica*, a partir de três perspectivas do Direito na sociedade - as perspectivas *intrassistêmica*, *intersistêmica* e *modulatória*.

No Capítulo 1, realizado um recorte das três perspectivas do Direito, buscou-se demonstrar que, sob essas três perspectivas – *intrassistêmica*, *intersistêmica* e *modulatória* – desenvolvidas ao longo do primeiro capítulo - o Direito, hoje, lida com uma *cultura legal das incertezas* e com o *manejo situacional-tópico* (LUHMANN *apud* NEVES, 2001, p. 249, tradução própria), de forma que, o atual *pluralismo jurídico*, a despeito da sua multidisciplinariedade, para lidar com essas incertezas e instabilidades, precisa assimilar *princípios em um processo argumentativo em que se procure justiça e coerência*” ( LOPES, 2018, P. 317).

Reafirmou-se, portanto, a ideia de que o sistema jurídico, em quaisquer das três perspectivas em que atue, necessita lidar de forma argumentativa e discursiva com *princípios*, assim como precisa instrumentalizar *mecanismos* (regulatórios), também para a afirmação da sua autonomia, que sofre “constantes ataques” por outros sistemas sociais, especialmente diante do avanço abrupto da tecnologia e a constituição de ciberespaços que buscam a sua autossuficiência, especialmente econômica.

Mas nessa ordem de ideias, no campo da sua legitimação, buscando a construção de uma conformidade estrutural sistêmica, que reconhecemos ao Direito a função de trabalhar, também, com o *problema do autoentendimento* e da *compensação de interesses* (HABERMAS, 2012, vol. I p.194), bem como com o *controle jurídico da autorregulação social* (TEUBNER, 1986, pp. 308-309), influenciada, agora, inclusive, pela nova ordem tecnológica.

Para além de todas essas funções, reconhecemos, ainda, a importância da categoria do *direito periférico*, que permitiria a conexão do direito oficial e não-oficial com outros discursos sociais, por fora das fronteiras do sistema autopoietico, sem que os sistemas envolvidos percam a sua autonomia e diferenciação (TEUBNER, 2005, p. 98-99).

Para que essas funções aflorem e sejam reconhecidas, então, o Direito precisa, na sociedade pós-moderna e pluralista, bem como no ciberespaço, de diretrizes ou vetores de *funcionamento, configurados em princípios e mecanismos instrumentais*.

Os Princípios da Administração Pública, nesse contexto, precisaram ser ressignificados, para que fossem reconhecidos como instrumentos de modulação de relações jurídico-institucionais de realidades com racionalidade e normatividade próprias, dentro do sistema jurídico, atratores de conteúdo do ambiente externo, instrumentalizadores da atualização sistêmica e moduladores da autopoiese de outros sistemas sociais autônomos – ou seja, vetores a serem necessariamente observados quer por uma função modulatória do Direito, quer, por sua vez, pelos programas de *compliance* regulatório no setor público.

Cada um a seu modo e dentro do seu campo de atuação, mas foi necessária a sua releitura e a construção, através deles, de novas categorias informativas, tudo para que conduzissem o Direito à sua legitimação dentro de uma conformidade estrutural baseada na Teoria dos Sistemas Sociais e na sua autopoiese, diante da atual *perspectiva modulatória*, especialmente.

Quanto ao *Princípio da Legalidade Administrativa*, passamos a assimilar o conceito de que normas jurídicas são *campos sociais de ação, possuindo natureza de estruturas sub-sistêmicas específicas com sentido próprio* (TEUBNER, 2005). E, com isso, chegou-se à conclusão de que o Princípio da Legalidade Administrativa permite a irradiação, para fora do sistema jurídico, de uma gama de orientações que intensificam a relação dinâmica de

autorreferencialidade e ambiente (do sistema jurídico), auxiliando na criação de *estruturas de reflexão*.

Como também, que ele deveria encaminhar o Direito para a realização do controle social contido ou indireto (intervenção reflexiva e reduzida) em outros sistemas sociais autônomos, direcionando a formação de *procedimentalizações* (reguladas), trazendo uma maior efetividade ao sistema jurídico na realização das suas funções e, auxiliando, na manutenção de uma ordem democrática, como função ideal.

Com relação aos *Princípios da Impessoalidade e Moralidade Administrativa*, houve a assimilação da ideia de Axel Honneth (2003a) quanto à necessidade de construção de categorias de reconhecimento social no campo da intersubjetividade. Trouxemos, para essa dissertação, o que a doutrina chama de “Liberalismo Hegeliano da Axel Honneth” - uma opção para a tentativa de redução de vulnerabilidades sociais, que levam à permanentes injustiças sociais.

Com isso, destacamos através desses dois princípios vetores imprescindíveis para uma atuação legitimadora do Direito, a nosso ver. Sugerimos, enquanto vetores, seguindo Honneth, a partir da sua ideia de reconstrução normativa da intersubjetividade dentro de uma lógica de reconhecimento e lutas sociais pelo reconhecimento, a assimilação de categorias como construção de elementos estruturais dentro do campo da impessoalidade e da moralidade; o estabelecimento de padrões de reconhecimento; a estimulação do ancoramento ético das práticas sociais; a empiria; o quadro categorial de análises; as formas reguladas e formas amplamente aceitas de reconhecimento social; e a inclusividade e individuação.

No campo da moralidade, ainda reafirmamos a necessidade de construção de uma *eticidade democrática* na perspectiva da intersubjetividade, que buscasse, através da identificação e valorização do núcleo normativo inerente aos padrões de reconhecimento, não somente a valorização ética da autorrelação prática do indivíduo, como também regulação das formas de reconhecimento recíproco pelo Direito e a valorização do outro enquanto categoria jurídica.

Já o *Princípio Administrativo da Publicidade*, foi ressignificado à luz do direito da transparência e do direito da explicação - (compreensão) administrativa, trazendo dentro de uma perspectiva de *democracia administrativa* (participativa)

e da *cidadania administrativa*, um direito à explicação que defenda a bandeira de que o acesso às informações deve se dar da forma mais ampla possível, quando não observadas as exceções constitucionais, de modo que o segredo deve ser afastado tanto de informações positivas ou neutras, mas sobretudo de informações negativas e pessimistas; que a informação deve ser autoexplicativa, de maneira que o seu destinatário compreenda, inclusive, a sua finalidade; que deve ser concisa, precisa e incluir não somente conteúdo previsto em normas, mas tudo o que seja de interesse à compreensão contextual; o conteúdo deve ser em linguagem acessível, independentemente de conhecimento técnico à sua compreensão; deve englobar as respostas públicas ao contexto decodado, de sorte que o cidadão conheça os caminhos a serem seguidos (planejamento e riscos), os meios a serem adotados e os possíveis resultados a serem perseguidos ou alcançados.

E, por fim, o *Princípio da Eficiência Administrativa* trouxe, ainda, uma releitura que partiu da ideia de que efetividade é a maximização de ganhos a todos os *players*, seguindo a premissa de que, para a Administração Pública, “uma combinação de estratégias constitui um *equilíbrio de Nash* quando cada estratégia é a melhor resposta possível às estratégias dos demais jogadores, e isso é verdade para todos os jogadores” (FIANI, 2015, p. 93).

Considerando essa dimensão, construímos algumas diretrizes a partir da eficiência enquanto princípio jurídico, como vetor, então, que poderia direcionar o Direito, no setor público, para uma fixação de *procedimentalizações reguladas* com o aumento da discricionariedade administrativa, a ampliação do controle interno, externo e social (*democracia administrativa participativa*) de direcionamento de políticas públicas, a tomada de decisões por instâncias de deliberação coletivas pautadas na *cooperação consensualista*, a sustentabilidade quadripartite (econômica, sociopolítica, ambiental e ética-integridade), a inovação *simbiótica* (*design democrático*).

Mas foi no Capítulo 3 que pudemos reconhecer uma possível materialização jurídica de todos esses conceitos. Trouxemos, pois, como proposto, o programa de integridade ou de *compliance* regulatório no setor público.

Foi, então, quando constatamos que os programas de integridade pública poderiam ser vistos como *mecanismos jurídicos regulatórios de integração social sistêmica*, dentro do campo da *inovação social normativa* e, com isso, serem

reconhecidos como uma espécie de *modelo estratégico* altamente seletivo, influenciador da conformidade estrutural sistêmica.

Na nossa visão, essa influência seria graduada a depender, inclusive, do alcance da *arquitetura jurídica dos programas de integridade pública* e da delimitação do seu campo de atuação e propósito, passando pela questão da efetividade e do *enforcement*.

Partimos, então, do *compliance* regulatório, que não só “tem sido utilizado por modelos estratégicos de regulação que galvanizam a cultura empresarial de negócios rumo ao interesse público” (ARANHA, 2018, p. 437), como tem permitido no setor público uma autorregulação institucional (*compliance* público ordenatório) ou uma heterorregulação política (no campo das políticas públicas).

E, com isso, reconheceu-se que a função primordial, ou, ao menos, uma das mais importantes de um programa de *compliance*, é a de estimular a construção do *compliance* social (ARANHA, 2018, p. 441-446)<sup>78</sup> e, porque não, do “*compliance* democrático” da perspectiva do Estado Regulador, do público para o privado.

É que, no nosso entender, a modelagem normativa dos programas seria determinante não somente para a sua efetividade e sucesso regulatório, que se dariam, ao nosso ver, com a construção de uma *conformidade estrutural sistêmica* (ainda que, por vezes, setorial), como também para a própria confirmação da razão de regular (legitimação), pois seria preciso, acima de tudo, proceder de forma a fomentar a *construção legítima de abertura e de interferência sistêmicas, através da modelagem jurídica, em uma ordem de natureza democrática*.

Dividimos, ainda, os programas de *compliance* em programas privados ou empresariais, público-privados ou inter-relacionais e públicos (ordenatórios – voltados para dentro da instituição ou órgão, ou políticos - referentes a políticas públicas primárias) e, para a sua arquitetura jurídica, trouxemos questões sobre o *enforcement* e a construção da categoria do entendimento, o papel da economia comportamental e a governança multiníveis.

---

<sup>78</sup> “O Direito, visto como técnica social, apoia-se no reconhecimento da sua influência sobre o comportamento humano e, por consequência, no pressuposto de que a disciplina normativa e a atividade administrativa ordenadora, prestacional ou fomentadora conformam as condutas daqueles que busca regular”(ARANHA, 2018, p. 441).

Abordarmos, também, alguns pontos de discussão referentes às principais tecnologias atuais (*IoT - Internet of Things, Cloud Computing, Big Data Analytics, Cyber Physical Systems (CPS), Machine-to-machine (M2M), Blockchain, Artificial Intelligence - AI*)), para, em síntese, concluir que a arquitetura jurídica do programa também passa pela regulação jurídica da tecnologia utilizada pelo setor ou instituição e pelos seus efeitos. E que não haveria como colocar essa nova realidade a par dos preceitos traçados, das diretrizes retratadas pelos *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Os vetores apresentados em cada um dos princípios devem informar, inclusive, o novo campo virtual, de forma a regulá-lo, dentro também da ideia da conformidade estrutural sistêmica e de *compliance* regulatório e democrático.

Ao nosso ver, não haveria como escapar de enfrentar o espaço virtual e trazê-lo para o que até então se desenvolveu durante todo esse trabalho, ainda que todo o seu instrumental seja, na atualidade, por vezes desconhecido, como muitas vezes indefinido.

Mas, foi já no último subcapítulo, ao apontar três desconformidades estruturais sistêmicas (a obrigatoriedade legal dos programas para contratar com a Administração Pública, o assédio institucional no setor público e o discurso da não regulação jurídica da tecnologia) e os seus avanços sobre a atual ordem social, econômica e política, que nos pareceu ficar evidente a importância de uma abertura do Direito para auxiliar na construção de uma conformidade estrutural sistêmica, reafirmando o seu papel, especialmente *modulatório*, na sociedade pós-moderna, sem o qual a fruição equânime de direitos humanos e fundamentais somada à preservação ou ao aprimoramento de um ordem democrática, pensada através de um Estado Democrático de Direito, que também é um Estado Regulador, não subsistiriam, ao nosso ver, diante das gritantes vulnerabilidades sociais, sobre-integrações e sub-integrações (NEVES, 2001), especialmente notórias em países periféricos.

Confirmamos, enfim, a nossa hipótese de que a abertura do Direito para as perspectiva *modulatória*, substancialmente, parece ser uma necessidade real da sociedade pós-moderna. E os programas de *compliance* são uma inovação normativa que podem auxiliar significativamente nessa jornada através da regulação, pois constituem modelos estratégicos de intervenção jurídica em outros sistemas sociais. E, se observarem vetores como os traçados a partir da

ressignificação dos Princípios da Administração Pública, podem contribuir significativamente para o aprimoramento da ordem democrática através da construção de uma *eticidade* e de uma *democracia administrativas*.



## REFERÊNCIAS

AKERLOF, George A.; SHILLER, Robert J. **Phishing for Phools. The Economics of manipulation and deception.** Hard Cover, 2015.

ALEMANNINO, Alberto; SPINA, Alessandro. **Nudging legally: on the checks and balances of behavioral regulation.** International Journal of Constitutional Law, New York, v. 12, n. 2, p. 429-456, 2014. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/12/2/429/710410/Nudging-legally-On-the-checks-and-balances-of>>. Acesso em: 24. abril. 2019.

ARANHA, Márcio Iório. **Manual de Direito Regulatório (Fundamentos do Direito Regulatório).** 2ª ed. ver.ampl. – Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014.

\_\_\_\_\_. **Metalinguagem Regulatória.** Apresentação disponível em: < [www.marcioaranha.com/LLMLectures.html](http://www.marcioaranha.com/LLMLectures.html)>. Acesso em: 01/02/2021

\_\_\_\_\_. **Compliance governança e regulação.** In: CUEVA, Ricardo Vilas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance* Perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 437-452.

\_\_\_\_\_. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 1999.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Revista de Processo Comparado, [S.l.], v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert H.; e PICKER, Randal C. **Game Theory and the Law.** Harvard University Press, 1994. p. 21.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LAH, Scott. **Modernização Reflexiva.** Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 1995.

BINDILATTI CARLI DE MESQUITA, C. **O que é *compliance* público? Partindo para uma Teoria Jurídica da Regulação a partir da Portaria nº 1089 (25 de abril de 2018) da Controlaria-Geral da União (CGU).** *Journal of Law and Regulation*, v. 5, nº 1, p. 147-182, 5 maio 2019.

\_\_\_\_\_. **Reflexões sobre a arquitetura jurídica dos programas de integridade pública. Afinal, são realmente necessários?** *Journal of Law and Regulation*, v. 6, nº 1, p. 1-20, 5 maio 2020.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Tradução de Daniela Baccaccia Versani. Barueri-SP: Editora Manole, 2007.

BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation and Developing Countries.** *World Development* 34(5): 884-898, 2006.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora 34 Ltda, 1996.

\_\_\_\_\_. **A reforma gerencial como uma forma de legitimar o estado social [online].** *SciELO em Perspectiva: Humanas*, 2017 [viewed 30 July 2018]. Available from: <http://humanas.blog.scielo.org/blog/2017/07/26/a-reforma-gerencial-como-uma-forma-de-legitimar-o-estado-social/>

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA). **Agro+**(sítio oficial do Programa Agro Mais Integridade). Brasília: MAPA, 2017. Disponível em: < [http://www.agricultura.gov.br/agroma is/index.html](http://www.agricultura.gov.br/agroma%20is/index.html)>. Acesso em: 13.11.2018.

BRESSIANI, N. **Introdução a autonomia, vulnerabilidade, reconhecimento e justiça de Axel Honneth e Joel Anderson.** *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. XVII, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Marcus Faro de. **Formas Jurídicas e mudança Social: Interações entre o Direito, a Filosofia , a política e a Economia**. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Análise Jurídica da Política Econômica**. In **Análise Jurídica da Política Econômica: a efetividade dos direitos na economia global**, organizado por Marcus Faro de Castro e Hugo Luís Pena Ferreira, 2018, pp. 109-149.

\_\_\_\_\_. **Policies, Technology and Markets: Legal Implications of their Mathematical Infrastructures**. *Law and Critique*, v. 30, n. 1, 2019, pp.91-114. Springer Netherlands – <http://doi.org/10.1007/s10978-018-9236-9>.

CASTRO, Rodrigo Piroti Aguirre e ZILLOTTO, Mirela Miró. **Compliance nas Contratações Públicas**. Exigências e critérios normativos. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

COGLIANESE, Cary; LAZER, David. **Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals**. *Law & Society Review* 37(4): 691-730, 2003.

Controladoria-Geral da União. **Programas de Integridade Diretrizes para Empresas Privadas**. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 11.11.2018.

Controladoria-Geral da União. **Manual para Implementação dos Programas de Integridade Orientações para o Setor Público**. Disponível em: [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual\\_profip.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profip.pdf) Acesso em: 11.11.2018.

Controladoria-Geral da União. PROFIP. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/profip>>. Acesso em 13.11.2018.

Controladoria-Geral da União. **Manual para Implementação dos Programas de Integridade Orientações para o Setor Público**. Disponível em:

[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manua\\_l\\_profip.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manua_l_profip.pdf) Acesso em: 11.11.2018.

CROLEY, Steve P. **Regulation and Public Interests: The Possibility of Good Regulatory Government**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

CUEVA, Ricardo Vilas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.) FRAZÃO, Ana. **Compliance Perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

CUEVA, Ricardo Vilas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). SIMONSEN, Ricardo. **Requisitos de um bom programa de compliance**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, pp.105-126.

DESROSIÈRES, A. (1990). **How to make things which hold together: social science, statistics and the state**. In P. Wagner, B. Wittrock, & R.P.Whitley (orgs.). *Discourses on society: the shaping of the social science disciplines* (pp.195-218), Dordrecht: Kluwer Academic publishers.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo**. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

DWORKIN. R.M. **Laws empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **A raposa e o porco-espinho**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

FARINHO, Domingos Soares. **Programas de Integridade e Governança das Empresas Estatais: Uma visão portuguesa no contexto da União Europeia**. In: CUEVA, Ricardo Vilas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance Perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 237.

FEBBRAJO, Alberto; HARSTE, Gorm. (eds.). **Law and intersystemic communication: understanding structural coupling.**

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa.** São Paulo: Malheiros, 2005, p. 205-305.

FRASER, N.; HONNETH, A. **Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange.** London: Verso, 2003b.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. **Desafios para a efetividade dos Programas de Compliance.** In: CUEVA, Ricardo Vilas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance* Perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 90-95.

FORST, R. **Contextos de Justiça.** Trad. Denilson Werle. São Paulo: Bontempo, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica.** São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 355-336.

GABARDO, Emerson. **A eficiência no desenvolvimento do Estado Brasileiro: uma questão política e administrativa.** In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo.* São Paulo: Atlas, 2012, pp.327-351.

GACÓN, Ricardo Velenzuela. **Constitutional Sociology and Corporations: a conversation with Gunther Teubner.** São Paulo: tempo social, revista de sociologia da USP, vol. 31, n.1, 2019, pp. 323-334.

GERSCHMAN, Silvia & VIANNA, Maria Lúcia Werneck. **A miragem da pós-modernidade, democracia e políticas sociais no contexto da globalização.** Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999, pp.127-154.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade Administrativa – história de um conceito.** Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 230, out/dez 2002, pp.291-303.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3ª e. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionabilidade, Regulação e Reflexividade: Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas**. Belo Horizonte: Forum, 2018, 5ª ed.

GUNNINGHAM, Neil; GRABOSKY, Peter. **Smart Regulation: Designing Environmental Policy**. Oxford: Clarendon Press, 1998.

HABERMAS. Jürgen. **Direito e Democracia**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª ed., 2012, vol I e II.

\_\_\_\_\_. **Factidad y Validez**. Tradução Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 3ª ed., 2001.

\_\_\_\_\_. **The Structural Transformation of the Public Sphere**. Cambridge, Polity Press. 1994.

\_\_\_\_\_. **Law as Medium and Law as Institution**. In: TEUBNER, Gunther. **Dilemas of Law in the Welfare State**. Berlim/Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1988.

HARRIS, Joseph. **Dinamica della Pubblica Amministrazione nello Stato contemporaneo**. Bolonha: Zanichelli, 19, pp.33 e ss.

HASSEL, Anke. **Multi-level governance and organized interests**. In: ENDERLEIN, Henerik; WALTI, Sonja; ZURN, Michael (Orgs.). **Handbook on Multi-level Governance**. Londres: Editora Edward Elgar, 2010. Cap. 9, p.153-167.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei Anticorrupção. Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 19-38.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed.34, 2003a.

\_\_\_\_\_. **Redistribution as recognition: A response to Nancy Fraser**. In: FRASER, N.; HONNETH, A redistribution or recognition? A political-philosophical exchange. London: Verso, 2003b.

\_\_\_\_\_. **Sufrimento de indeterminação: uma reatualização da filosofia do direito de Hegel**. Trad. Rúrion Melo. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

HOOGHE, Lisbet, MARKS, Gary. **Unravelling the Central State, but how? Types of Multi-level Governance.** American Political Science Review, vol.97, n.2, p.233-243, maio, 2003.

HORTA, Ricardo Lins. **Arquitetura de escolhas, direito e liberdades: notas sobre o paternalismo libertário.** Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5602/pdf>. Acesso em: 22.05.2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Disponível em: <http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em 26.07.2019.

JUSTEN, Marçal Filho. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 12ª ed, 2016.

KANT, Immanuel (1781) (2001). **Crítica da Razão Pura.** Lisboa: Calouste Gulbenkian.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LAZZARINI, Sérgio G. **Capitalismo de laços. Os donos do Brasil e suas conexões.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LOPES, Othon Azevedo. **Fundamentos da regulação.** Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018.

LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System.** Trad. Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 76-141 (The Operative Closure of the Legal System).

LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System.** Trad. Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MARLE, Karin van. **Law's time, particularity and slowness.** South African Journal on Human Rights, v. 19, n. 2, p. 239-255, 2003.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MAZZUCATO, Mariana. **O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado.** São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2019.

MELO, R.; WERLE, D.L. **Reconhecimento e justiça na teoria crítica da sociedade de Axel Honneth**. In: NOBRE, M (ORG.), Curso livre de teoria crítica. Campinas: Papyrus, 2008.

MELO, Rubion. **A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 5ª ed, São Paulo: RT, 2001.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **A decisão racional na teoria dos jogos**. [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/claudia\\_servilha\\_monteiro.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/claudia_servilha_monteiro.pdf). Acesso em: 09/04/2020.

MONTESQUIEU. Charles. **Do espírito das leis**. Marin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa – Emenda Constitucional nº 19/98**. 2ed., São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro. Renovar. 2003, p.179

\_\_\_\_\_. **Administração Pública gerencial**. Disponível em: [http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1998/revdireito1998B/est\\_adminpublica.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1998/revdireito1998B/est_adminpublica.pdf)>. Acesso:18.05.2018.

\_\_\_\_\_. **A Regulação Sob a Perspectiva da Nova Hermenêutica**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 03.02.2015.

\_\_\_\_\_. **Direito Regulatório: a alternativa participativa flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.



MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **A regulação como instituto jurídico**. In: **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte: Fórum, nº 4, pp.183 e seg., out/dez, 2003.

NASCIMENTO, Juliana Oliveira. **Compliance público: O caminho para a integridade na Administração Pública**. Disponível em : <http://www.lecnews.com/artigos/2016/09/23/compliance-público-o-caminhao-para-a-integridade-na-administração-publica.>> Acesso em 04.11.2018.

NASH, John Forbes. **Essays on game theory**. Cambridge: Edward Elgar, 1996.

NEUMANN, John Von; MORGENSTERN, Oskar. **Theory of games and economic behavior**. 6. ed. Davis: California University, 2004.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OECD Recommendation of The Council of Public Integrity - <http://www.oecd.org/gov/ethics/Recommendation-Public-Integrity.pdf>.

PARKER, C. **Summary of Scholarly Literature on Regulatory Compliance**. Paris: OCE, 1999.

PARKER, Christine & NIELSEN, Vibeke Lehmann. **Compliance: 14 questions**. In: DRAHOS, Peter. **Regulatory Theory: foundations and applications**. Australia: ANU Press, 2017.

POMINI, Anderson. **Compliance sobre a perspectiva do governo: uma visão sobre a estrutura da Controladoria-Geral do Município de São Paulo e sua atuação no trabalho preventivo de combate à corrupção**. In: CUEVA, Ricardo Vilas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance** Perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

Presidência da República. Disponível em :  
 <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm)>.  
 Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/articulacao-internacional/convencao-da-onu>>.

ROSA, Hartmut. **Aceleración social: consecuencias éticas y políticas de una sociedad de alta velocidad desincronizada**. *Persona y Sociedad*, v. 25, n. 1, p. 9-49, 2011.

SAWARD, Michael. **Agency, design and 'slow democracy'**. *Time & Society*, v. 26, n. 3, p. 362-383, nov. 2017.

SCHEUERMAN, William (Ed.). **High-speed society: social acceleration, power, and modernity**. University Park: Penn State UP, 2009, p. 77-111.

\_\_\_\_\_. **Liberal democracy and the empire of speed**. *Polity*, v. 34, n. 1, p. 41-67, fall 2001.

SOLER, Raúl Calvo. **Uso de normas jurídicas y toma de decisiones**. Barcelona: Gedisa, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. **Direito Administrativo em Debate**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007.

SOUZA, Pedro H.G. Ferreira. **Uma história de desigualdade: a concentração de renda entre os ricos no Brasil 1926-2013**. São Paulo: Hucitec Editora Abpocs, 2018.

STEIN, Michael, TURKEWITSCH, Lisa. **The Concept of Multi-level Governance in Studies of Federalism**. In: International Political Science Association (IPSA) International Conference "International Political Science: New Theoretical and Regional Perspectives", 2 Maio, 2008, Montreal. Anais. Montreal: IPSA, 2008.

\_\_\_\_\_. **Multilevel Governance and Federalism: Closely Linked or Incompatible Concepts?** IPSA/AISP Participation, Montreal, v.34, n.2, p.3-5, Out., 2010

STIGLER, G. J. **The Theory of Economic Regulation**. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-21, Spring 1971 +

PELTZMAN, S. George Stigler's Contribution to the Economic Analysis of Regulation. *Journal of Political Economy*, v. 101, n. 5, p. 818-832, Oct. 1993.

STIGLITZ, Joseph. **O preço da desigualdade. Tradução de Dinis Pires.** Lisboa: Bertrand, 2013.

\_\_\_\_\_. **Rewriting the rules of the American Economy. An agenda for growth and shared prosperity.** New York: WW Norton & Company, 2016.

STIGLITZ, Joseph E. & GREENWALD, Bruce C. **Creating a learn society: a new approach to growth, development e social progress.** New York: Columbia University Press, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. **Nudges.gov: behavioral economics and regulation.** In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (Ed.). *Oxford handbook of behavioral economics and the law.* [New York]: Oxford University Press, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2220022>>. Acesso em: 27.abril. 2019.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Libertarian paternalism is not an oxymoron.** *University of Chicago Law Review*, v. 70, n. 4, p. 1159-1202, 2003. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=405940>>. Acesso em: 27. abril. 2019.

\_\_\_\_\_. **Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TEUBNER. Gunther. **O direito como sistema autopoietico.** Trad. José Engrácia Antunas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TEUBNER. Gunther. **After legal instrumentalism: Strategic models of post-regulatory law.** In: *Dilemmas of law in the welfare state.* Berlin: Walter de Gruyter, 1986.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e policontextualidade.** Piracicaba: Unimep, 2005.

TEUBNER. Gunther. **Fragments constitucionais: constitucionalismo social na globalização.** São Paulo: Saraiva, 2016.

WERLE, D.L. **Justiça e Democracia: ensaios sobre John Rawls e Jurger Habermas**. São Paulo: Esfera Pública, 2008.

ZENKNER, Marcelo. **Integridade Governamental e Empresarial**. Um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal. Belo Horizonte: Forum, 2019.