

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

FRANCISCO ALVES DA CUNHA HORTA FILHO

**A POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO ÀS
ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS EM SENTIDO ESTRITO**

Niterói
2026

Horta Filho, Francisco Alves da Cunha.

A possibilidade de ampliação da teoria do desvio produtivo às atividades administrativas em sentido estrito / Francisco Alves da Cunha Horta Filho. – 2026.

272 f.

Orientador: Plínio Lacerda Martins.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal Fluminense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Niterói, 2026.

Bibliografia: f. 255-273.

1. Direito Administrativo. 2. Responsabilidade civil do Estado. 3. Desvio produtivo. 4. Administração Pública. 5. Boa administração. I. Martins, Plínio Lacerda. II. Universidade Federal Fluminense. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDD

FRANCISCO ALVES DA CUNHA HORTA FILHO

**A POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO ÀS
ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS EM SENTIDO ESTRITO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade
Federal Fluminense, como requisito parcial
à obtenção do título de Doutor em Direito.

Linha de Pesquisa: Linha 3 – Direito,
Relações Econômicas e Conflitos

Orientador:

Professor Doutor Plínio Lacerda Martins

Niterói, RJ

2026

FRANCISCO ALVES DA CUNHA HORTA FILHO

**A POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO ÀS
ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS EM SENTIDO ESTRITO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Linha de Pesquisa: Linha 3 – Direito,
Relações Econômicas e Conflitos

Aprovada em 10 de julho de 2026

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Plínio Lacerda Martins – UFF
Orientador

Prof. Dr. Eduardo Chow de Martino Tostes – UCAM

Prof. Dr. Rafael Carvalho Rezende Oliveira – UVA

Prof. Dr. Rogério Pacheco Alves – UFF

Prof. Dr. Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro – UFF

Dedico este trabalho ao meu pai, Francisco Horta, carregando comigo a penitência pela demora em prestar-lhe a justa dedicação de uma obra acadêmica, tenha a certeza, onde quer que esteja posto que o destino me furtou precocemente a sua companhia, as histórias que ouço sobre você continuam a me encher de orgulho por ser seu filho. Que eu esteja, apesar das minhas incompletudes, honrando a memória do homem bom que você foi.

Dedico, ainda, à minha mãe, Eloisa Horta, com registro de gratidão pelo desafio solitário que a vida lhe impôs de criar sozinha o seu único filho e, sem nunca deixar transparecer os obstáculos do caminho, ser fonte permanente de carinho e exemplo de cuidado.

Dedico, por fim, à minha esposa, Gisella Leitão, e à minha filha, Laura Horta, que, com amor, paciência e generosidade, compreenderam as minhas ausências, os meus silêncios e as muitas horas subtraídas da nossa convivência para que este trabalho pudesse ser construído

AGRADECIMENTOS

À Escola de Direito da Universidade Federal Fluminense, instituição pública de ensino que hoje se torna, para mim, verdadeira alma mater, deixo registrada a minha mais sincera gratidão, afinal, ter a minha pesquisa acolhida em uma instituição de tamanha excelência representa não apenas uma honra, mas também a realização de um sonho que se confunde com a minha própria trajetória de formação e amadurecimento intelectual.

Ao Professor Doutor Plínio Lacerda Martins, que esteve ao meu lado muito além da condição formal de orientador, tornando-se, ao longo desta trajetória, um exemplo de pesquisador, docente e ser humano a ser seguido.

À minha família, meus amores, Gisella Leitão e Laura Horta, razão maior de eu me levantar a cada dia e buscar, mesmo diante das minhas limitações, contribuir para a construção de um mundo melhor. Este trabalho, que já foi dedicado à vocês, em cada página aqui escrita carrega, de algum modo, as ausências que suportaram, a paciência que me ofereceram e o amor com que sustentaram a minha caminhada, mas, ainda assim, nenhuma palavra seria suficiente para expressar a profundidade da minha gratidão por tudo o que vocês representam em minha vida.

À minha mãe, Eloisa Horta, que, por tantas horas na estrada, ouviu as minhas inseguranças, acolheu os meus medos e me devolveu, com a força serena do seu amor, a coragem de continuar, agradeço pela dedicação incansável, pelo cuidado que nunca exigiu retribuição e pela presença que, mesmo nos momentos mais difíceis, sempre me lembrou que eu não caminhava sozinho.

Aos meus sogros, Marília e Afonso Leitão, que ocupam um lugar de profundo afeto em minha vida e são companhias certas de boas histórias, acolhimento e generosidade registro a minha gratidão não apenas pelo carinho de sempre, mas também por terem confiado aos meus cuidados uma das maiores preciosidades que construíram com amor: a minha esposa, Gisella, cuja presença transformou a minha vida e deu novo sentido aos meus caminhos.

Aos amigos que, muitas vezes às custas do próprio sacrifício, pavimentaram caminhos que tornaram esta trajetória menos árdua, registro a minha mais sincera gratidão e não poderia deixar de destacar as minhas queridas e admiráveis amigas Fabiana Dumas Hahn e Lilia Nunes Silva que, com generosidade, abriram passagens, ofereceram apoio, dividiram experiências e demonstraram, pelo próprio exemplo, que nenhuma conquista acadêmica se constrói de forma verdadeiramente solitária.

Não é que tenhamos pouco tempo, mas que perdemos muito.

Sêneca

RESUMO

A presente tese examina a possibilidade de aplicação da teoria do desvio produtivo às relações estabelecidas entre os particulares e a Administração Pública, especialmente quando o desperdício de tempo e de recursos produtivos decorre do exercício disfuncional de atividades administrativas em sentido estrito. Parte-se da premissa de que o tempo, enquanto dimensão constitutiva da existência humana e pressuposto material da autonomia individual, não pode ser tratado como bem juridicamente indiferente quando é indevidamente capturado por condutas estatais incompatíveis com os deveres de eficiência, segurança jurídica, proteção da confiança legítima e boa administração. A pesquisa investiga, inicialmente, a conformação histórica das prestações estatais e a delimitação das atividades administrativas, com especial atenção à sua ambivalência: ao mesmo tempo em que viabilizam a realização das finalidades públicas, também podem projetar efeitos lesivos sobre os particulares que, confiando na atuação do poder público, mobilizam tempo, energia, organização e recursos para participar de procedimentos administrativos. Em seguida, analisa-se a evolução da responsabilidade civil do Estado e o desenvolvimento da teoria do desvio produtivo, originalmente formulada no âmbito das relações de consumo, para verificar a sua compatibilidade com o Direito Público. Sustenta-se que a incidência da teoria exige a presença de uma relação jurídica marcada pela vulnerabilidade estrutural do particular, de um agir administrativo disfuncional imputável à Administração Pública, do desperdício relevante de recursos produtivos e do nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano suportado. A investigação adota metodologia qualitativa, de natureza bibliográfica e documental, com análise normativa, doutrinária e jurisprudencial. Ao final, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro oferece fundamentos suficientes para reconhecer, em hipóteses qualificadas, o dever estatal de reparar o dano decorrente da perda injusta do tempo produtivo do particular, desde que preservados critérios objetivos capazes de evitar a banalização da responsabilidade civil.

Palavras-chave: Atividade administrativa. Desvio produtivo. Responsabilidade civil do Estado. Administração Pública. Boa administração.

ABSTRACT

This thesis examines the possibility of applying the theory of productive deviation to the legal relationships established between private individuals and Public Administration, especially when the waste of time and productive resources results from the dysfunctional exercise of administrative activities in the strict sense. It starts from the premise that time, as a constitutive dimension of human existence and a material condition for individual autonomy, cannot be treated as legally irrelevant when it is improperly captured by state conduct incompatible with the duties of efficiency, legal certainty, protection of legitimate expectations, and good administration. The research initially investigates the historical development of state functions and the delimitation of administrative activities, with particular attention to their ambivalent nature: while they enable the achievement of public purposes, they may also produce harmful effects on private individuals who, relying on governmental action, mobilize time, energy, organization, and resources to participate in administrative procedures. The thesis then analyzes the evolution of State civil liability and the development of the theory of productive deviation, originally formulated within consumer relations, in order to assess its compatibility with Public Law. It argues that the application of this theory requires the existence of a legal relationship marked by the structural vulnerability of the private individual, a dysfunctional administrative act attributable to Public Administration, the significant waste of productive resources, and a causal link between state conduct and the damage suffered. The research adopts a qualitative methodology, based on bibliographical and documentary analysis, including normative, doctrinal, and case law examination. It concludes that the Brazilian legal system provides sufficient grounds to recognize, in qualified cases, the State's duty to repair damage resulting from the unjust loss of an individual's productive time, provided that objective criteria are preserved to prevent the trivialization of civil liability.

Keywords: Administrative activity. Productive deviation. State civil liability. Public Administration. Good administration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 AS PRESTAÇÕES DO ESTADO EM RELAÇÃO AO PARTICULAR: A DELIMITAÇÃO DAS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS	20
1.1 A FUNÇÃO GARANTIDORA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA SUA EXISTÊNCIA	20
1.2 A EXTENSÃO DAS ATIVIDADES PRESTACIONAIS DO ESTADO	26
1.3 AS DIVERSAS MANIFESTAÇÕES DE ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS	39
1.3.1 A multiplicidade de atividades desempenhadas pela Administração Pública para a concretização do objetivo do Estado	40
1.3.2 O serviço público como atividade administrativa	46
1.3.2.1 Os critérios para que uma atividade seja considerada como serviço público	46
1.3.2.2 O conceito de serviço público: controvérsias e opção para uso na pesquisa	59
1.3.3 As demais formas de atuação do Estado: o poder de polícia administrativa e a intervenção do Estado na ordem econômica	62
1.3.4 A delimitação clara do objeto em estudo: a espécie de atividade administrativa escolhida	68
2 A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO: SURGIMENTO E AMPLIAÇÃO	73
2.1 A REFORMULAÇÃO DA PERSPECTIVA DE DANO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: PREMISSAS ESSENCIAIS PARA ENTENDER A NECESSIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PELO DESVIO PRODUTIVO	74
2.1.1 O surgimento e a potencialização de riscos na sociedade atual	75
2.1.2 A constitucionalização dos direitos	78
2.1.3 Era das incertezas, cláusula geral de responsabilidade civil e erosão dos filtros de reparação	82
2.1.4 A relação dialógica entre todos os campos do conhecimento jurídico: o esfumaçamento da distinção entre o direito público e o direito privado	86
2.1.5 A incidência da nova perspectiva de dano às relações jurídicas que envolvem a Administração Pública e os particulares	100
2.2 O SURGIMENTO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO NO BRASIL	102
2.2.1 As bases jurídicas e filosóficas para a construção da teoria	102

2.2.1.1 A determinação constitucional de proteção ao consumidor	102
2.2.1.2 O domínio sobre o próprio tempo como dimensão existencial	106
2.2.1.3 As múltiplas necessidades da pessoa e a especialização de atividades como produto no mercado	119
2.3 ESBOÇO CONCEITUAL DE DANO POR DESVIO PRODUTIVO	121
2.3.1 A construção da teoria no direito brasileiro	121
2.3.2 O conceito de dano por desvio produtivo	133
2.3.2.1 O conceito que se consolida na doutrina	133
2.3.2.2 O conceito do fenômeno explorado na tese	136
 3 (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO ÀS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS EM SENTIDO ESTRITO	 153
3.1 PREMISSAS ESSENCIAIS SOBRE A RELAÇÃO JURÍDICA QUE ENVOLVE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PARTICULAR	154
3.1.1 A necessidade de uma conduta que respeite a confiança legítima dos particulares em relação ao agir administrativo	154
3.1.2 A importância de reconhecer que o Direito Administrativo do Sul Global aprofunda os seus traços autoritários e a busca pela superação desse pensamento	164
3.2 A CONSTITUIÇÃO COMO PLANO NORMATIVO DO AGIR ADMINISTRATIVO ADEQUADO	170
3.2.1 A eficiência como vetor constitucional de resultados	172
3.2.2 O direito fundamental à boa administração	176
3.2.3 A expectativa legítima do particular como critério de adequação do agir administrativo	182
3.3 A AMPLIAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO ÀS RELAÇÕES QUE ENVOLVEM O PARTICULAR E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	185
3.3.1 O reconhecimento – constitucional – do desequilíbrio na relação particular-Administração Pública	185
3.3.2 A expansão da Teoria do Desvio Produtivo para os serviços públicos como categoria específica das atividades administrativas em sentido amplo	189
3.4 AS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS EM SENTIDO ESTRITO E A SUA CAPACIDADE DE IMPACTAR O TEMPO PRODUTIVO DO PARTICULAR	198
3.4.1 A centralidade das atividades administrativas em sentido estrito nos diversos aspectos da vida do particular	199

3.4.2 As atividades administrativas como <i>locus</i> privilegiado para a produção do desvio produtivo do particular	201
3.4.3 Os processos administrativos como mecanismos ambivalentes: entre garantia procedimental e instrumento de desgaste dos particulares	204
3.4.4 Ineficiência administrativa, desorganização institucional e transferência indevida de custos ao particular	209
3.4.5 O desvio produtivo como dano decorrente do exercício disfuncional das atividades administrativas em sentido estrito	211
3.5 OBSTÁCULO(S) JURÍDICO(S) E OS CAMINHOS A SEREM PERCORRIDOS PARA RECONHECER O DESVIO PRODUTIVO DO PARTICULAR CAUSADO PELAS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS EM SENTIDO ESTRITO	217
3.5.1 A resistência dogmática à aplicação de uma teoria elaborada para o Direito Privado ao Direito Administrativo	217
3.5.2 A objeção da legalidade estrita e da atuação vinculada	223
3.5.3 As dificuldades para identificar os elementos que configuram a responsabilidade civil	227
3.6 CONDIÇÕES PARA A INCIDÊNCIA DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO ÀS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS EM SENTIDO ESTRITO	229
3.6.1 Elemento comum ao Direito Consumidor e ao Direito Administrativo: a existência de uma condição de vulnerabilidade na base da relação jurídica	229
3.6.2 A conduta danosa: o desfecho anômalo dos procedimentos administrativos-meio para as atividades finalísticas	233
3.6.3 O dano: o desperdício dos recursos produtivos do agente privado	235
3.6.4 O nexo de causalidade entre o fato administrativo e o desperdício dos recursos produtivos do particular	238
4 CONCLUSÕES	240
REFERÊNCIAS	253

INTRODUÇÃO

A igualdade nas relações interpessoais, pode-se dizer, constitui uma preocupação que acompanha a humanidade há longa data, tendo a Revolução Francesa de 1789 como um dos seus momentos históricos de maior culminância simbólica. Isso revela, na verdade, um traço preocupante da trajetória das sociedades, consubstanciado na constatação de que, a partir de diversos critérios, tais como a origem familiar, a riqueza, o gênero, a religião ou o pertencimento político, as interações entre as pessoas foram, em inúmeros momentos, impregnadas pelas posições previamente atribuídas aos sujeitos.

É bem verdade que, entre avanços e retrocessos na superação desse quadro, o desequilíbrio de forças presente em determinadas relações jamais pode ser negligenciado, sobretudo quando se pretende atribuir à ordem jurídica a aptidão de realizar um ideal mínimo de justiça. Daí decorre a necessidade de que o Direito estabeleça mecanismos de contenção ou mitigação dessas assimetrias, especialmente nos casos em que, de um lado, situa-se o particular e, de outro, a Administração Pública.

O Brasil não escapa dessa realidade: é evidente que, em certos momentos históricos, como no Estado Novo e na ditadura militar, a assimetria entre a Administração Pública e o particular alcançou dimensão ainda mais intensa. Contudo, o que se percebe é que a verticalização da atuação daquela em relação a este constitui uma constante na experiência institucional brasileira.

Com o intuito de superar o cenário histórico de instrumentalização dos particulares pelo Estado, a atual ordem jurídica, inaugurada com o advento da Constituição Federal da República de 1988, revelou uma preocupação evidente com a reconfiguração dessa relação, de modo a compatibilizá-la com a roupagem democrático-institucional então instaurada. Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1º, III, da Carta Política, foi alçada à condição de vetor hermenêutico fundamental, a ser prestigiado especialmente no desempenho das atividades desenvolvidas pela Administração Pública em todas as suas espécies.

O Estado, nos dias de hoje, apresenta-se como um autêntico prestador de atividades aos particulares, de tal maneira que recai sob a sua responsabilidade uma numerosa quantidade de atribuições, inclusive com significativa distinção qualitativa. Em todas elas, contudo, deve agir pautado pela dignidade da pessoa humana, pela proteção dos direitos fundamentais e, ainda, pelo respeito à confiança legítima. Isso não ocorre apenas

quando entrega um serviço público ao particular ou quando desempenha uma atividade de fomento, pois tais vetores também deverão orientar as atividades-meio.

Muito embora as atividades-meio não constituam, per se, o objeto imediato da satisfação de um interesse do particular, elas representam, em razão de sua natureza instrumental, uma etapa necessária para que ele possa ter acesso a um serviço público, beneficiar-se de uma atividade de fomento ou participar de alguma relação juridicamente mediada pelo poder público. Justamente por integrarem o modo de atuação administrativa, não podem ser executadas à margem do regime jurídico que lhes é próprio, sobretudo porque essas atividades mediatas, quando mal conduzidas, têm aptidão para acarretar prejuízos aos particulares que se relacionam com o Estado, notadamente quando implicam, da mesma maneira que nas relações de consumo, a dispersão ilegítima dos seus recursos produtivos.

No Direito do Consumidor, cuja relação de direito material também é marcadamente desigual, surgiu, no último par de décadas, a teoria do desvio produtivo, idealizada por Marcos Dessaune, segundo a qual o fornecedor de produtos ou o prestador de serviços que, a partir da sua atuação indevida no enfrentamento de um vício ou defeito no objeto negociado com o consumidor, impõe a este a mobilização dos seus recursos produtivos para solucionar uma questão que incumbiria ao parceiro negocial, acaba por desviá-lo dos seus projetos pessoais.

A finitude inerente à existência humana impõe que os indivíduos invistam o breve tempo que lhes é atribuído de maneira adequada à realização dos seus projetos pessoais. Essa escolha é de tal maneira relevante que, pode-se dizer, constitui um elemento essencial para definir a forma historicamente construída pela qual o sujeito se apresenta no mundo, organiza a sua identidade diante dos outros e desempenha os papéis socialmente reconhecíveis que assume ao longo da vida. Para alguns, o trabalho é mais relevante do que o convívio com amigos e familiares, haja vista que será a partir dele que se tornará possível acumular riquezas, alcançar estabilidade ou realizar determinados projetos de ascensão pessoal. Para outros, não há nada mais valioso do que o compartilhamento do tempo com parentes e amigos, não se justificando a busca por muito mais do que o indispensável à manutenção de um padrão de vida espartano.

A questão que se coloca é que nenhuma dessas opções é, em si mesma, certa ou errada, pois cada uma delas dependerá da maneira como o indivíduo compreende a própria

existência, atribui sentido ao tempo que lhe foi concedido e define, a partir dessa compreensão, as suas prioridades subjetivas.

O tempo, como autêntico recurso produtivo, deve ser objeto de especial preocupação pelo Estado, por constituir bem merecedor de proteção autônoma, inclusive em sua relação com os direitos da personalidade. Desse modo, sempre que a atuação de um terceiro inviabilizar, de maneira juridicamente censurável, que cada pessoa eleja livremente a forma como irá destiná-lo, deverá ser admitida a imposição de justa compensação, naturalmente, quando houver provocação para tanto.

Com efeito, nas relações consumeristas, o que se tem visto é o reconhecimento, paulatinamente consolidado na academia e na jurisprudência, de que o consumidor não pode ser compelido, em razão do agir inadequado do fornecedor de produtos ou do prestador de serviços, a mobilizar parcela relevante da sua existência para corrigir vício ou defeito decorrente do objeto negociado. Acertadamente, observa-se que a teoria do desvio produtivo tem incidido sobre relações jurídicas que, até pouco tempo, sequer eram imaginadas como espaços possíveis de reparação autônoma pela perda indevida do tempo.

Se o Estado brasileiro é fundado na dignidade da pessoa humana e encontra o seu suporte de legitimidade no reconhecimento, na proteção e na efetivação dos direitos fundamentais, a constatação de que o tempo integra a própria estrutura da existência individual impede que a sua incumbência se limite a coibir agressões praticadas por terceiros contra esse bem jurídico. O Estado de Direito é aquele que também se submete às normas cuja força coercitiva ele próprio assegura e, dessa maneira, não se concebe que permaneça à margem do alcance da teoria do desvio produtivo.

No que diz respeito aos serviços públicos, já há estudos e decisões pretorianas reconhecendo que a Administração Pública pode ser responsabilizada nos casos em que a entrega inadequada da prestação enseja ao particular o desperdício ilegítimo dos seus recursos produtivos. Ocorre que, como dito, o poder público não atua apenas fornecendo essas utilidades aos particulares, mas também por meio do desempenho de atividades-meio, que são igualmente relevantes, haja vista a sua natureza instrumental.

Se o número de atividades-meio é diretamente proporcional ao número de atividades finalísticas que o ordenamento jurídico impõe ao Estado para atender ao interesse público e, principalmente, concretizar os direitos fundamentais, essas atividades instrumentais também se multiplicam, sobretudo em um modelo constitucional comprometido com um projeto emancipador.

Embora as atividades-meio, em regra, permaneçam restritas ao âmbito interno dos órgãos e entidades administrativas, não se pode ignorar que, em algumas situações, possuem aptidão para gerar danos significativos aos particulares, especialmente quando acarretam a dispersão ilegítima dos seus recursos produtivos.

A dimensão concreta dessa subtração de recursos produtivos é particularmente visível em situações cotidianas da prática administrativa brasileira. Pense-se, a título exemplificativo, no candidato que dedica anos de sua vida à preparação para o concurso público, sacrificando convivência familiar, oportunidades profissionais e, em diversos casos, recursos financeiros expressivos com cursos preparatórios e materiais de estudo, alcança a aprovação dentro do número de vagas previsto no edital e, ainda assim, não é nomeado antes do encerramento do prazo de validade do certame, por uma decisão discricionária de não realizar as contratações então previstas. Nesta hipótese, a atividade administrativa em sentido estrito, conduzida de forma disfuncional pela própria Administração Pública que estimulou a participação, deixa de operar como instrumento de organização racional da atuação estatal e passa a constituir verdadeiro fator de dispêndio inútil dos recursos produtivos do particular. Não se trata, vale dizer, de mera frustração subjetiva ou de simples aborrecimento, mas, sim, de subtração juridicamente relevante de um tempo existencial mobilizado em confiança na seriedade institucional do agir administrativo.

A despeito da constatação de que as atividades-meio são numerosas e potencialmente impactantes sobre os recursos produtivos dos particulares que participam diretamente de sua execução, o que se verifica, até o momento, é a absoluta ausência de tratamento específico acerca da possibilidade de imputar ao Estado o dever compensatório pelo desperdício ilegítimo desses recursos.

Diante desse cenário, a pergunta que orienta a presente investigação pode ser assim formulada: é juridicamente possível reconhecer a incidência da teoria do desvio produtivo nas relações de Direito Público, especialmente nas atividades-meio desenvolvidas pela Administração Pública, quando a atuação disfuncional do Estado impõe ao particular a dispersão ilegítima de seus recursos produtivos, ainda que tais atividades não se confundam com a prestação direta de um serviço público?

Neste sentido, o objetivo geral da presente pesquisa é demonstrar a possibilidade de incidência da teoria do desvio produtivo nas relações de Direito Público, em especial nas atividades-meio desenvolvidas no âmbito dos órgãos e entidades administrativas, nos

casos em que a atuação disfuncional da Administração Pública, inclusive mediante mudança inesperada de direção e encerramento anômalo do procedimento em relação à sua finalidade ordinária, impeça que o particular afaça qualquer benefício, apesar da mobilização dos seus recursos produtivos no caso concreto.

A presente pesquisa adota o método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e finalidade predominantemente explicativa e propositiva.

Parte-se da hipótese de que a teoria do desvio produtivo, embora originariamente concebida no âmbito das relações de consumo, pode incidir sobre determinadas relações de Direito Público, especialmente sobre as atividades-meio desenvolvidas pela Administração Pública, quando a sua atuação disfuncional impõe ao particular a dispersão ilegítima dos seus recursos produtivos. A partir dessa premissa, busca-se examinar se a transposição dessa construção teórica para o campo jurídico-administrativo é compatível com o regime constitucional da responsabilidade civil do Estado, com a proteção da confiança legítima, com a centralidade da dignidade da pessoa humana e com a necessidade de contenção de atuações administrativas que, embora formalmente inseridas no exercício da função pública, deslocam indevidamente para o particular os custos da desorganização, da ineficiência ou da mudança anômala de direção do poder público.

A consecução do objetivo geral somente será possível a partir do desdobramento da pesquisa em alguns objetivos específicos.

O primeiro deles consiste em definir o que se considera atividade administrativa em sentido estrito, espécie de atuação estatal que se diferencia dos serviços públicos, do poder de polícia e do fomento, embora todas sejam igualmente desempenhadas pelo poder público. Essa tarefa, na topografia da tese, incumbirá ao primeiro capítulo, que partirá da constatação de que o Estado obtém a sua legitimidade ao reconhecer, proteger e materializar direitos fundamentais.

Para tanto, será necessário demonstrar que a atuação estatal perante os particulares se projeta por diferentes formas: pela imposição de restrições aos direitos individuais, no exercício do poder de polícia; pela indução, estímulo ou apoio a comportamentos privados considerados relevantes do ponto de vista social, econômico ou institucional, mediante o fomento; pela entrega de prestações úteis à satisfação de necessidades da coletividade, sob um regime jurídico de direito público, por meio dos serviços públicos; e, ainda, pelo desenvolvimento de atividades instrumentais no âmbito de sua própria estrutura, destinadas

a possibilitar o funcionamento da máquina pública, aqui compreendidas como atividades administrativas em sentido estrito.

O segundo objetivo específico consiste na delimitação do conceito de desvio dos recursos produtivos dos indivíduos, a partir da afirmação de que a livre disposição do tempo existencial constitui uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. No segundo capítulo, partindo da reformulação da perspectiva do dano na sociedade contemporânea, apoiada na necessidade de coibir a ocorrência de danos injustos, bem como da compreensão de que o tempo do indivíduo constitui um ativo existencial do qual ele deve poder dispor para a concretização de seus projetos de vida, a teoria do desvio produtivo será apresentada em sua origem no Direito do Consumidor e em sua progressiva ampliação para abarcar outras relações jurídicas, inclusive algumas daquelas que envolvem a Administração Pública e o agente privado.

O terceiro objetivo específico, que pode ser compreendido como o ponto central da tese e está topograficamente situado no terceiro capítulo, consiste em examinar a possibilidade de incidência da teoria do desvio produtivo nas relações estabelecidas entre o particular e a Administração Pública em torno de uma atividade-meio, ainda que tais atividades sejam desenvolvidas no âmbito interno dos órgãos e entidades administrativas. Essa circunstância poderia, a princípio, ser compreendida como um obstáculo ao surgimento de um dever reparatório, diante da exigência de causalidade direta entre a conduta estatal e o dano suportado pelo particular.

Neste ponto, assume especial destaque a teoria da confiança legítima, que deve orientar a atividade administrativa em sentido amplo, de modo que sejam respeitadas as expectativas fomentadas nos agentes privados pelas condutas ostensivamente adotadas pelo poder público, sobretudo quando estimulam o deslocamento de recursos produtivos em favor de uma atuação vinculada ao próprio Estado.

Para tanto, será essencial enfrentar questões próprias de um Direito Administrativo conformado pela experiência institucional do Sul Global, historicamente marcado por traços autoritários na relação entre Estado e particulares, bem como examinar, à luz da *summa divisio*, a possibilidade de transposição de um instituto originalmente concebido para regular relações jurídicas estranhas ao Direito Público.

A relevância da tese se justifica não apenas pelo ineditismo do debate em torno da incidência da teoria do desvio produtivo às atividades-meio, mas, sobretudo, pela necessidade de reconhecer que o Estado, em uma ordem constitucional fundada na

dignidade da pessoa humana e na proteção da confiança, deve atuar de maneira a respeitar a liberdade dos particulares de definirem, segundo os seus próprios projetos existenciais, o modo pelo qual aplicarão o seu tempo em prol da satisfação de seus interesses. O cenário de paulatina expansão da responsabilidade civil do Estado e, ainda, a emergência da injustiça do dano como elemento central para a imposição de um dever reparatório exigem que se estabeleça, de maneira científica, um escrutínio objetivo e racional quanto à possibilidade de utilização, no Direito Administrativo, de uma teoria originalmente elaborada no âmbito do Direito do Consumidor.

A despeito da inegável vitalidade do debate em torno da teoria do desvio produtivo e de sua progressiva penetração em terrenos para os quais não havia sido originariamente concebida, persiste, contudo, uma zona doutrinária ainda pouco explorada, cuja delimitação constitui o eixo central desta tese. É precisamente nesse espaço de investigação que se insere a contribuição pretendida pela pesquisa.

A investigação será desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com exame da doutrina relacionada ao Direito Administrativo, à responsabilidade civil do Estado, à teoria do desvio produtivo, à proteção da confiança e aos direitos fundamentais. Também serão analisados a Constituição Federal da República de 1988, a legislação infraconstitucional pertinente e decisões judiciais que tratam da perda indevida do tempo, da responsabilização estatal por atuação administrativa disfuncional e da possibilidade de reparação autônoma pela dispersão ilegítima dos recursos produtivos do particular.

1 AS PRESTAÇÕES DO ESTADO EM RELAÇÃO AO PARTICULAR: A DELIMITAÇÃO DAS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS

1.1 A FUNÇÃO GARANTIDORA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA SUA EXISTÊNCIA

O homem, ao longo da história, revelou-se um ser gregário e, portanto, possui um impulso natural de unir-se a outros semelhantes para viver em grupo e, com isso, inclusive, extrair vantagens da exploração das potencialidades plurais de cada um. Quando isolado, o indivíduo conta apenas com seu próprio esforço e com suas habilidades pessoais para atender às diversas necessidades — como a obtenção de alimento, de água e, até mesmo, de segurança contra ataques ilegítimos de terceiros —, ao passo que, em comunidade, torna-se viável a repartição de funções de acordo com as aptidões de cada um.

Aristóteles (1997, p. 9), em sua obra “*Política*”, refere-se ao homem como um ser político — *zoon politikon* — e afirma que aqueles que vivem fora da cidade-Estado, por não poderem contar com as aptidões dos seus semelhantes, acabam por se encontrar em condição de inferioridade em relação àqueles que optam por se reunir em uma coletividade. Neste momento, também pode ser lembrado Donne (2012, p. 130) para quem: “*no man is an island, entire of itself; every man is a piece of the continent, a part of the main*”.

Apesar dessa espécie de impulso inato à sociabilidade, a partir do momento em que os indivíduos passam a viver em conjunto, acabam, em alguma medida, por restringir a própria liberdade. Antes mesmo da criação do Estado, entendido como uma instituição política que materializa o emprego legítimo da força¹ sobre todos aqueles submetidos à soberania de seu território, parece ser uma afirmação que não desafia comprovação mais complexa a de que a mera presença do outro já implica uma limitação à liberdade natural.

A existência do Estado, ao institucionalizar o exercício do poder em determinado território, reduz ainda mais a liberdade dos indivíduos, uma vez que sua autoridade tem na coercitividade uma característica inerente. Nesse sentido, impõe-se a indagação: por que razão as pessoas compreenderam ser necessário submeter sua liberdade absoluta a uma autoridade que, inclusive, pode praticar atos que contrariam sua vontade privada?

¹ A força, aqui, é tomada em um sentido no qual é concebida como a possibilidade de estabelecer, coercitivamente, parâmetros de conduta esperados dos indivíduos em suas relações interpessoais. Dessa forma, inclui o poder de polícia e, igualmente, a liberdade de conformação do ordenamento jurídico, que, em ambos os casos, restringem as ações e as omissões dos particulares.

Como bem destaca Dallari (2000, p. 107), em sua clássica obra, o Estado, em sua expressão westfaliana, é composto pelos seguintes elementos: povo, território, soberania e finalidade. Inobstante seja sedutora a proposta de enveredar de forma mais detida sobre cada um desses elementos, a limitação espacial deste trabalho impõe a necessidade de voltar os olhos, objetivamente, apenas à finalidade, a qual, segundo a lição do saudoso professor da Universidade de São Paulo, diz respeito à sua instrumentalidade para que os indivíduos possam levar a cabo seus projetos particulares.

Ocorre que, ao longo da trajetória histórica das sociedades, a finalidade do Estado foi alterada. Pode-se dizer, inclusive, que, nos seus primórdios, era possível questionar a sua própria instrumentalidade — assim considerada a necessidade de que a sociedade, por meio da institucionalização do poder político, possa extrair benefícios a partir da restrição voluntária à liberdade absoluta —, isso porque, notadamente no período do Absolutismo, era perceptível que, ao invés de o Estado servir aos indivíduos, o que se dava era a situação exatamente oposta.

Se, como se disse, a formação dos agrupamentos humanos se dá de maneira espontânea, a partir da constatação de que a soma das individualidades conduz a uma situação benéfica em diversos aspectos, o Estado, por sua vez, não se confunde com este movimento, pelo fato de possuir ínsito ao seu conceito a institucionalização do exercício do poder, inclusive conferindo ao detentor deste a possibilidade do uso da força contra membros do próprio grupo, e não apenas para a proteção contra hostilidades externas. Neste sentido, no âmbito desta pesquisa, registra-se uma divergência quanto ao surgimento do Estado como um evento natural², considerando-se, ao contrário, tratar-se de uma decorrência de uma série de fatos político-jurídicos.

Tratar sobre a finalidade é uma das tarefas mais complexas na Teoria Geral do Estado, isso porque, na academia, são registradas diversas maneiras de enfrentar o tema. Seguindo Jellinek (2000, p. 244), “*parece evidente desde luego que el bienestar del individuo y de la comunidad sean el objetivo supremo y único de toda organización pública*”, todavia, este é apenas o ponto de partida para uma série de elaborações teóricas.

² Jellinek (2000, p. 162-163) reúne, na nota de rodapé n. 6, uma série de autores que consideram a formação do Estado como um evento que derivou unicamente dessa característica do ser humano de buscar, de forma intuitiva, reunir-se com outros indivíduos para, com isso, alcançar uma maior sensação de bem-estar. Dentre os autores por ele referenciados estão Friedrich Schleiermacher, para quem o Estado é um produto exclusivamente da natureza, e Bruno Schmidt, que compara a gênese do Estado ao surgimento natural de um corpo.

A teoria eudemonista utilitária considera que a finalidade do Estado é agir de maneira a promover o bem-estar da maior parcela da coletividade e, para tanto, detém o poder de intervir na esfera particular dos indivíduos. Essa é a teoria que subjaz ao Estado de Polícia, que parte do princípio de que os interesses dos indivíduos devem ser suprimidos em prol daquela que seria a vontade da coletividade. No atual cenário da ordem jurídica brasileira, essa compreensão não se revela a mais adequada, isso porque limitar, obrigatoriamente, os interesses do indivíduo aos do grupo em que está inserido representa a adoção de uma visão organicista que é, em tudo, incompatível com o princípio da dignidade da pessoa, além do que, de difícil ou impossível demonstração diante do caráter plural da sociedade.

A teoria ética, por sua vez, identifica a finalidade do Estado com a realização da moralidade. A dificuldade em conciliar essa tese com a compreensão contemporânea do Estado consubstancia-se também na pluralidade que é traço característico da grande maioria das sociedades, dentre as quais se inclui a brasileira³, isso porque, em um grupo de indivíduos com a convivência de diversas formas de compreender a existência e sobre qual seria a melhor forma de agir em cada caso pode ser tido como traumática – quiçá arbitrário – a imposição a visão de uma pessoa à outra. Essa vinculação à moral ainda traz um inconveniente adicional para aqueles que adotam uma forma laica, pela circunstância de que é comum conectar os padrões morais de conduta a dados de natureza religiosa, uma situação que não convive como argumento em um Estado de Direito Democrático e laicizado.

Ao lado delas, há, ainda, a teoria dos fins limitados do Estado, segundo a qual sua finalidade é garantir a segurança e a liberdade dos indivíduos, razão pela qual é indispensável que se estabeleça uma série de limitações à atuação dos agentes públicos que tenham o condão de interferir na esfera particular das pessoas. Essa construção, ao longo do tempo, foi ganhando complexidade e passou a incluir, também, a proteção da ordem jurídica e a construção da igualdade como finalidades.

O que é certo, nisso tudo, é que, independentemente da visão de finalidade do Estado que se adote, a legitimidade de sua existência repousa em seu caráter instrumental,

³ Essa dificuldade é refletida por Maus (2010, p. 120-123) em sua obra, referência para a sociologia jurídica e para o estudo da teoria da decisão, no que tange à forma como a jurisdição constitucional é exercida no âmbito das Supremas Cortes, especialmente quando um juiz se arvora de uma sensibilidade aguçada, pretensamente capaz de captar aquilo que expressa o pensamento da sociedade na qual está inserido, ignorando, por completo, que aquilo que aponta em sua decisão encontra-se atravessado por suas experiências pessoais e, muitas vezes, não condiz com o que se verifica na média da população.

no seu aspecto que representa um centro de utilidades destinadas, em última análise, aos indivíduos, para que estes possam, segundo os limites estabelecidos pela ordem jurídica, concretizar os seus projetos pessoais.

Com o surgimento do constitucionalismo — movimento contemporâneo ao Iluminismo, e que na seara jurídica própria do Direito Público, responsável por resgatar os indivíduos da condição de súditos em relação ao Estado para a posição de sujeitos de direitos⁴ —, a delimitação das finalidades passou a possuir um critério jurídico para sua definição. Desde então, é possível buscar a finalidade de um Estado a partir do que a Constituição que o funda estabelece.

Quando Voermans (2023, p. 205-209) se dedica a estabelecer sua definição de Constituição, o faz a partir de alguns elementos, dentre os quais se destacam o seu sentido jurídico e a sua obrigatoriedade legal. As normas constitucionais, dessa maneira, são aquelas que estabelecem os princípios fundamentais segundo os quais um Estado se constitui e é governado, o que inclui, naturalmente, os seus objetivos, a partir de enunciados normativos dotados de força cogente que, portanto, obriga os poderes constituídos a observarem seu conteúdo na construção das políticas públicas.

Se cabe à Constituição conferir forma jurídica ao Estado, de tal maneira que as suas disposições vinculam todos os poderes constituídos, e, estando inseridos em seu texto, naturalmente, os fins que devem ser colimados pelas políticas públicas, é possível afirmar que, nos dias atuais, a legitimidade de sua existência é extraída do atendimento ao projeto constituinte.

Neste ponto, somos remetidos ao pensamento de Dworkin (2010, p. 374-375), especialmente quando o autor situa o Estado para além da condição de mero executor de políticas públicas, ainda que estas se destinem a atender interesses coletivos. O autor chama atenção para o fato de que tais políticas, quando mal implementadas, podem impor ao particular um sacrifício excessivo de seu patrimônio jurídico.

⁴ Quando se afirma que os indivíduos são alçados ao status de sujeitos de direitos públicos, o que se quer dizer é que, a partir da emergência do constitucionalismo — em especial com o delineamento de um sistema que prevê uma série de restrições à atuação do Estado que possa atingir a esfera privada das pessoas (liberdade, patrimônio etc.) —, eles passam a estar resguardados contra os arroubos autoritários tão presentes no Estado Absolutista e a ser reconhecidos como titulares de situações jurídicas de vantagem em relação ao poder público. Não se emprega, neste caso, a expressão “cidadãos”, pelo fato de que ela denota o exercício de direitos políticos, o que, nos primórdios do constitucionalismo, não alcançava muitos grupos, notadamente os mais despossuídos.

Se é verdade que o Estado apenas justifica a sua razão de ser ao implementar, de forma adequada, as políticas públicas, também é certo que sua legitimação plena depende da observância, com igual rigor, dos direitos fundamentais.

Sob essa perspectiva, a existência legítima do Estado – com todas as restrições à liberdade que inevitavelmente impõe aos particulares pela sua própria natureza – somente se sustenta quando ele realiza políticas públicas que concretizem os direitos fundamentais reconhecidos pelo poder público ao longo de um histórico e gradual processo de conquistas individuais e coletivas.

É neste cenário que surgem as normas de direitos fundamentais na centralidade dos Estados de Direito contemporâneos, os quais assumem o compromisso, perante os cidadãos, de agir na estruturação das políticas públicas com o escopo de assegurar que aquelas normas possam ser concretizadas em nível ótimo. Sobre as normas de direitos fundamentais, Canotilho (2002, p. 377) é enfático ao afirmar que: “como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos, constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo dos órgãos legislativos, administrativos e judiciais”.

No capítulo de encerramento da obra em que introduz a sua visão crítica sobre a atuação política contemporânea, com especial atenção à experiência do sul global, Santos (2021, p. 604), ao concluir que boa parte dos seres humanos não são sujeitos efetivos de direitos humanos, mas meros objetos da atuação do Estado, afirma que “todos os Estados e organizações internacionais proclamam a exigência dos direitos humanos e propõem-se a defendê-los”, incorporando uma espécie de discurso hegemônico em torno deles.

O debate em torno da importância dos direitos humanos e da relevância da atuação estatal para sua concretização ganhou destaque no período posterior à Segunda Guerra Mundial, notadamente pela tragédia que se abateu sobre ciganos e judeus, alvos preferenciais do extermínio em massa perpetrado pelo regime autoritário nazista. Nesse sentido, afastando-se de uma compreensão jusnaturalista, Arendt (2012, p. 399), em sua obra-prima, avalia que os direitos humanos são, antes de tudo, uma construção jurídica exercida a partir dos Estados. Por essa razão, a submissão da pessoa a um Estado específico constitui condição para sua efetividade, de modo que “os Direitos do Homem, supostamente inalienáveis, mostraram-se inexecutáveis – mesmo nos países cujas constituições se baseavam neles – sempre que surgiam pessoas que não eram cidadãos de algum Estado soberano”.

Essa relação de centralidade se aprofunda ainda mais quando o Estado de Direito, baseado na Constituição, pretende ser reconhecido como democrático, isso porque, seguindo a lição precisa de Binbenbojm (2008, p. 50), é descabido falar em democracia quando os direitos fundamentais dos indivíduos não são acatados pelo poder público. Considerando-se que a concretização de tais direitos demanda a elaboração de um arcabouço de políticas públicas estatais, é evidente o seu destaque nos dias atuais.

No caso brasileiro, a Constituição Federal da República de 1988 não deixa qualquer margem de dúvida quanto à opção do legislador constituinte em estabelecer que a legitimidade do Estado Democrático de Direito por ela instituído no histórico dia de sua promulgação é extraída por meio da concretização dos direitos fundamentais que ela assegura aos particulares, diga-se, inclusive, às pessoas jurídicas, no que for compatível com a ficção em que elas se consubstanciam.

Para essa afirmação, podem ser destacados, ao menos, dois dispositivos, a saber: o art. 1º, inciso III, que estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro; e o art. 3º, cujo caput é explícito ao dizer que são objetivos da República brasileira, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização de grupos em situação de vulnerabilidade, ao mesmo tempo em que se impõe a mitigação dos quadros de desigualdade histórica; e, por fim, a promoção do bem de todos, de forma indiscriminada.

A opção do legislador constituinte, ao conferir a identidade constitucional da ordem jurídica por ele inaugurada, é evidente no sentido de que os direitos fundamentais devem ser a prioridade das políticas de Estado e representam o fim último de qualquer atividade do poder público.

Quando a dignidade da pessoa é colocada como um dos fundamentos da ordem jurídica inaugurada em 5 de outubro de 1988, os direitos fundamentais também são alçados a um status privilegiado, haja vista que não se concebe a realização deste valor central para a estrutura constitucional brasileira senão com o reconhecimento de que os particulares são credores de uma série de atividades do poder público que sejam capazes de promover o livre desenvolvimento de suas aptidões individuais para a construção dos seus projetos existenciais.

Na medida em que a Constituição Federal da República de 1988 enuncia como um de seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e livre de quaisquer espécies de discriminação, é evidente que isso se dá, apenas, por meio da concretização dos

direitos fundamentais. Será por meio da garantia de acesso aos direitos sociais, materializados em prestações positivas do Estado em relação aos particulares — como é o caso dos serviços públicos de saúde e educação, universais e gratuitos — que esse quadro, percebido pelo legislador constituinte, poderá ser efetivamente superado.

É bem verdade, como assinalado por Boaventura de Sousa Santos em trecho anteriormente mencionado, que a concretização dos direitos fundamentais não é tarefa das mais fáceis, especialmente em um país de dimensões continentais, vítima de um modelo colonial de espoliação das riquezas e eliminação da cultura tradicional originária, o que levou a um quadro de desigualdade social em nível abissal. São muitos os destinatários das prestações estatais, escassos os recursos para atender a todas essas necessidades e, para agravar ainda mais esse quadro, a gestão da coisa pública, infelizmente, ainda ostenta traços cruéis de um patrimonialismo cujo intuito não é outro senão a preservação do *status quo* e dos espaços de privilégio para poucos, à custa da miséria de tantos.

Dessa forma, lançando os olhos para uma análise acerca do Estado Democrático de Direito vigente entre nós no primeiro quarto do século XXI, apesar das inúmeras reformas que impuseram alguns retrocessos em matéria de direitos sociais⁵, o que se percebe é que o Estado brasileiro obtém a legitimidade de sua existência por meio do compromisso assumido com os cidadãos de garantia de direitos fundamentais e, na mesma medida, de sua concretização na maior extensão que seja possível.

1.2 A EXTENSÃO DAS ATIVIDADES PRESTACIONAIS DO ESTADO

Ao longo da história, o Estado nem sempre foi exigido dos particulares da mesma maneira: em alguns momentos, as pessoas buscavam encapsular a possibilidade de atuação do poder público, a fim de garantir um maior espaço de liberdade; em outros, passavam a exigir prestações indispensáveis para a preservação da dignidade humana. Observa-se uma oscilação cíclica de expansão e retração dessas demandas da coletividade em relação à Administração Pública.

Assim, é importante dedicar algumas linhas à exposição acerca da conformação do Estado em suas três principais formas na modernidade: o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Regulador, e, ainda, trazer duas observações. A primeira delas é que a sucessão dessas configurações estatais não se deu a partir de uma ruptura, mas resultou da conjunção

⁵ A esse respeito, na experiência constitucional brasileira de longa data, é possível mencionar as constantes reformas constitucionais que incidem sobre o regime de previdência social, estabelecendo critérios cada vez mais rígidos para que os segurados possam fazer jus ao benefício de aposentadoria, com a ampliação do lapso temporal contributivo e da idade mínima exigida para tanto.

de uma série de fatores históricos que se desenrolaram e culminaram com uma nova formatação da Administração Pública, mais capaz de atender aos anseios dos particulares. A outra é que, além dessas, registram-se outras formas estatais que não foram trabalhadas nesta tese, pelo fato de não terem se feito presentes na experiência constitucional brasileira. É o caso, por exemplo, do Estado Socialista⁶ e do Estado Teocrático⁷. Assim, para atender aos limites espaciais do trabalho, essas formas não são tidas como relevantes para compreender a adequação da tese do desvio produtivo às atividades administrativas.

Para que se possa compreender, mesmo em linhas gerais, no que consiste um Estado liberal, em especial, quando se direciona o olhar sobre a qualidade e, principalmente, a quantidade das prestações que se espera sejam entregues pela Administração Pública aos particulares em geral, é impossível deixar de remeter a investigação a uma breve apresentação daquilo que se convencionou designar como *Ancien Régime*⁸. Isso porque a teoria liberal do Estado representa a tentativa dos setores emergentes da sociedade – a burguesia – frearem um movimento que colocava em xeque, de forma muito clara, a livre disposição dos bens que os indivíduos possuíam e a circulação das riquezas.

O feudalismo era marcado por uma forte descentralização do exercício do poder jurídico-político, de tal maneira que o senhor feudal, nos limites do seu território, exercia com liberdade a sua vontade sobre os vassalos. Também era caracterizado por representar um relevante obstáculo ao melhor desenvolvimento das atividades econômicas: além das dificuldades impostas pela questão monetária, a necessidade de atravessar diversos territórios impunha aos negociantes o pesado encargo do pagamento de tributos a diferentes destinatários.

⁶ Pegoraro e Rinella (2020, p. 128) explicam o Estado socialista como aquele que “confia a direção do Estado ao partido único, expressão da classe operária ou campesina; o sistema econômico prevê a coletivização dos meios de produção; os direitos e as liberdades reconhecidas aos cidadãos são coerentes com o objetivo de construção da sociedade socialista centrada na ideia de luta de classe e da ditadura do proletariado inspirada pelas teorias marxista-leninistas.”

⁷ Já o Estado Teocrático é apresentado por Pegoraro e Rinella (2020, p. 142-143) como sendo aquele em que se dá a “fusão entre a esfera religiosa e a esfera civil, bem como pela prevalência da primeira sobre a segunda. Assim, a autoridade do Estado tem a sua legitimação na fé religiosa e, conseqüentemente, os preceitos religiosos são reconhecidos pelo ordenamento como idôneos a produzir efeitos jurídicos, encontrando, assim, sua posição relevante no sistema das fontes.

⁸ É sabido que o termo *Ancien Régime* é utilizado com maior frequência para designar a organização político-social verificada na França anterior à Revolução de 1789, mas, nesta pesquisa, o seu emprego tem a pretensão de designar um modelo político que antecedeu o Estado-liberal e que prende as suas raízes no feudalismo.

O problema é que os Estados-nação⁹ acabam assumindo um viés absolutista, de tal maneira que os particulares, que optaram por limitar a própria liberdade em prol de um poder central, acabaram vítimas da própria criação e, neste sentido, sujeitavam-se aos arroubos autoritários da realeza que, sob a alegação da hereditariedade, da força ou da espiritualidade, faziam aquilo que bem entendiam e criavam uma ambiência de extrema insegurança, notadamente para o patrimônio amealhado. Sobre este modelo histórico de Estado, Pegoraro e Rinella (2021, p. 97) apontam como suas principais características: 1) afirmação da soberania do Estado frente a autoridades externas, como por exemplo, o Papa ou um imperador de outro Estado; 2) estabelecimento de um poder absoluto e concentrado nas mãos do Rei, fruto da sua atribuição pela divindade, pela hereditariedade ou pela força; e, 3) ausência de qualquer submissão dos seus atos a uma esfera de controle, cabendo a ele o desempenho das funções executiva e legislativa, além da nomeação dos magistrados que administram a justiça em seu nome.

Enfrentando, de maneira específica, o caso brasileiro, o historiador Fausto (2024, p. 56) de forma muito ilustrativa desenha o Estado absolutista português que, ao tempo da chegada ao Brasil, assim se apresentava:

O Estado português na época da colonização é um Estado absolutista. Em teoria, todos os poderes se concentram por poder divino na pessoa do rei. O reino – ou seja, o território, os súditos e seus bens – pertence ao rei, constitui seu patrimônio. Daí o uso da expressão “Estado patrimonialista” para definir o Estado absolutista, utilizada por muitos autores, a partir da conceituação do sociólogo alemão Max Weber. No Estado absolutista não há – sempre em teoria – distinção entre a esfera pública, como campo de atividade do Estado, e a esfera privada, como campo de ação dos indivíduos com direitos maiores ou menores. Nele, tudo é público, pois não há limites pré-estabelecidos ao poder real.

Com as paulatinas mudanças sociais e, repita-se, o protagonismo da burguesia crescente, que buscava, aos poucos, ampliar o seu espaço de influência sobre o poder político para fazer valer os seus interesses – em especial aqueles que estavam relacionados à proteção dos seus bens e à liberdade para a livre exploração daquilo que possuíam, com o escopo de acumular ainda mais riqueza –, o Estado absolutista passava de solução a estorvo e, dessa maneira, surgia a necessidade da sua reconfiguração completa.

Apenas para não fugir ao tema central dessa pesquisa, qual seja, as atividades administrativas do Estado em relação aos particulares, o mais curioso é que o Estado absolutista não tinha como obrigação nenhuma outra senão assegurar a segurança dos seus súditos contra eventuais ataques à posse legítima dos seus bens economicamente

⁹ Importa esclarecer que, neste momento histórico, o sentimento nacional coletivo que está presente na ideia de Estado-nação, ainda é demasiadamente embrionário, sendo certo que, a sua utilização neste capítulo tem a intenção de destacar a lógica de centralização política e unificação territorial.

relevantes, e que partiam, principalmente, dos grupos vizinhos¹⁰. Assim, o Estado absolutista tinha pouquíssimas atribuições em relação aos súditos e, não seria qualquer exagero dizer que, seguindo a sua lógica, cabia aos indivíduos servir ao soberano – e não o oposto, tal como se concebe em um Estado Democrático de Direito.

Ao contrário, o que mais poderia ser assemelhado à disponibilização de uma utilidade pública pelo soberano aos súditos, na verdade, não passava de mais um instrumento para o acúmulo da riqueza em suas mãos em detrimento dos indivíduos, isso porque, a estrutura disponibilizada para o desenvolvimento das atividades de agricultura e de criação de animais implicava o pagamento de taxas altíssimas, o que se prestava, tão-somente, a atender aos interesses do detentor do poder.

Soa absurdo, nos dias de hoje, conceber que os indivíduos alienem uma parcela significativa da sua liberdade, até então absoluta, em favor de uma instituição política que nada lhes presta, mas, ao contrário, investe contra as suas economias privadas para que a realza possa acumular cada vez mais riqueza. O Estado absolutista, em poucas linhas, representa a antítese do Estado social, que será analisado no subitem seguinte, posto que ele não é sujeito passivo de qualquer prestação em relação aos súditos.

Neste cenário, Novais (2013, p. 59), ao tratar sobre os pressupostos teóricos para o surgimento do Estado liberal, o caracteriza como aquele em que existe uma clara cisão entre Estado, economia, moral e sociedade civil, abraçando, como os seus principais marcos, o pensamento de Adam Smith, Immanuel Kant e Wilhelm von Humboldt.

No que diz respeito à necessidade de separação entre o Estado e a economia, aquilo que melhor descreve o ideal liberal é a “mão invisível” do mercado, teorizada por Smith (1996, p. 438) em sua obra-prima, *A Riqueza das Nações*. Segundo seu pensamento, o Estado não deve interferir no mercado, que funcionaria segundo a dinâmica de forças motrizes naturais: a oferta e a demanda, as quais, em uma situação ordinária, equilibrar-se-iam independentemente de qualquer intervenção estatal direta com esse intuito.

Esse viés negativo da liberdade de concorrência pode ser identificado, na ordem jurídica vigente, como uma das expressões do modelo constitucional econômico estabelecido no art. 170, IV, da Constituição Federal da República de 1988, segundo o qual o Estado deve abster-se de atuar por meio de imposições tributárias ou de exigências

¹⁰ Registra-se, nesse período, que o soberano mantinha em seu patrimônio, uma vez que o patrimônio do Estado e o do soberano se confundiam, alguns instrumentos indispensáveis às tarefas atinentes à produção no campo, sendo certo que seu uso era compulsório pelos súditos, os quais, em troca, eram obrigados a entregar uma parcela significativa de sua produção.

burocráticas que, ainda que justificadas pelo exercício do poder de polícia, coloquem os agentes econômicos privados em uma condição material de desequilíbrio de forças no mercado.

O Estado liberal não concebe a atuação estatal na exploração de qualquer atividade econômica que possa ser desenvolvida pelos agentes privados em um regime de livre-iniciativa e, por tal motivo, sob sua responsabilidade ficariam, tão somente, os papéis de garantidor da ordem interna, da defesa externa, da proteção da propriedade privada, além da construção e da manutenção da infraestrutura necessária para que determinadas atividades, essenciais à coletividade, sejam atrativas – ou, em alguns casos, até mesmo viáveis – para a exploração pelos particulares.

Não é tarefa das mais difíceis trazer uma atividade que é essencial para a coletividade e que não desperta o interesse dos agentes privados, ao menos inicialmente. O saneamento básico, que, no ordenamento jurídico brasileiro, foi normatizado pela Lei n. 11.445/2007, é essencial para a coletividade; afinal, por meio dele, há um significativo ganho na saúde pública, a partir da prevenção de diversas doenças que são adquiridas pela ausência de tratamento de águas e esgotos. Ocorre que a infraestrutura para desenvolver as atividades inerentes ao saneamento básico é de alto custo e pouco interessante aos olhos dos agentes privados diante do seu retorno econômico. Assim, em um Estado liberal, cabe à Administração Pública, inicialmente, desempenhar as funções inerentes ao saneamento básico e, tão cedo surja o interesse dos agentes privados, afastar-se em prol da livre-iniciativa.

Não é correto afirmar que o Estado liberal pressupõe a ausência absoluta da Administração Pública no cotidiano dos particulares. Muito ao contrário, a existência de um aparato estatal é essencial, segundo a visão liberal, para que os agentes privados possam atuar no mercado com vistas à melhor concretização dos seus interesses particulares e, neste sentido, além da elaboração de um conjunto normativo robusto, que viabilize a liberdade de ação e a proteção da propriedade, é indispensável um aparato policial e judicial que efetive tais direitos.

Até mesmo um aparato institucional é essencial para a preservação do liberalismo, como se observa, na experiência jurídica contemporânea brasileira, pela criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia federal que tem por finalidade atuar, preventiva e repressivamente, sobre práticas que possuem aptidão para afetar a liberdade de concorrência. É o caso da avaliação de operações societárias de fusão,

aquisição e incorporação que podem ensejar a formação de monopólio ou a consolidação de posição mercadológica excessivamente dominante em determinado campo econômico.

Na medida em que o pensamento smithiano admite a atuação do Estado não apenas para a preservação do aparato de polícia indispensável à proteção da propriedade, mas, sobretudo, para a criação de uma infraestrutura e, em casos mais extremos, a exploração direta de uma atividade que não seja atrativa aos agentes privados, apesar de sua necessidade para a coletividade, Novais (2013, p. 62) formula uma crítica nesse sentido. Em sua visão, à qual adere a presente pesquisa, o modelo de Estado liberal, na verdade, reflete o compromisso da coisa pública com os interesses privados de uma burguesia emergente, que passa a utilizar-se do acesso aos foros de decisão política para fazer prevalecer aquilo que é mais conveniente aos seus próprios interesses.

O Estado liberal, neste sentido, é aquele que interfere, de forma mínima, no desempenho das atividades que tenham aptidão para serem exploradas economicamente por agentes privados, em regime concorrencial de liberdade e, por este motivo, em sua essência está o desempenho das funções de polícia interna e externa, com o principal escopo de proteger a propriedade privada. Diante disso, espera-se uma quantidade menor de atividades desempenhadas pela Administração Pública em relação aos particulares.

Ao mesmo tempo em que a acusação de que a igualdade, na formatação defendida pelos liberais, não pode ser compreendida como um instrumento moldado para a concretização de uma iniquidade intencional, não se pode deixar de frisar que o raciocínio parece olvidar um relevante dado da realidade: há uma desigualdade originária entre as pessoas, que pode ser percebida a partir de diversos critérios e que impede, ou ao menos dificulta em escala significativa, que indivíduos de determinados grupos possam concorrer, em igualdade de condições reais, com aqueles que se situam em outros.

Há determinados fatores inerentes à subjetividade das pessoas que, quando presentes na situação concreta, inviabilizam a afirmação liberal segundo a qual todos partem de um mesmo ponto e, seguindo o mérito do próprio esforço, conseguiriam acessar os bens sociais mais escassos. Diversos são os fatores de *discrímen* presentes na sociedade brasileira: a aporofobia, o preconceito racial em níveis estruturais e o machismo, que se encontra entranhado em diversos aspectos. Esses fatores, como diagnostica Collins (2024, p. 12), se inter-relacionam e, nos grupos de interseção, amplificam os efeitos perniciosos dos sistemas de poder mobilizados para a contenção das pretensões de reconhecimento dessas pessoas.

Essa intransigente defesa de que o Estado deve permanecer alheio à participação em quaisquer atividades prestacionais, uma vez que elas devem ser desenvolvidas livremente pelos agentes privados acabou provocando uma grave externalidade: a crise das condições dignas de sobrevivência de parcelas cada vez mais significativas da população, na medida em que são carentes de acesso à determinados direitos essenciais¹¹.

Sob o ponto de vista relacional, quando o Estado dispensa a todas as pessoas o mesmo tratamento, olvidando que elas partem de posições originais distintas, ele acaba se comportando de tal maneira que as oportunidades e, principalmente, os direitos reconhecidos sejam fruídos apenas por um grupo quantitativamente restrito. Na medida em que a situação de iniquidade presente em diversos aspectos de uma sociedade representa um dado ignorado pelo Estado, esse quadro acaba sendo perpetuado, quiçá agravado, a tal ponto que, em situações extremas, seja suficiente para causar um esgarçamento social irreparável, como nos mostra a história em diversas ocasiões, mas, em cores gritantes na Revolução Francesa, em 1789.

O modelo de Estado-social tem subjacente a sua sistematização a busca por uma igualdade não apenas formal, mas, sobretudo, material, e dessa maneira, como bem aponta Cambi (2021, p. 235): “O Estado deve se omitir em tratar desigualmente os desiguais quando não há critérios razoáveis que justifiquem tais discriminações. Por outro lado, deve atuar positivamente para garantir a igualdade fática quando, para tanto, é indispensável desigualar.”

¹¹ No que diz respeito ao desenvolvimento de um modelo de Estado Social, que assume a posição de autêntico devedor de diversas prestações exigidas pela coletividade, Novais (2013, p. 181-182) faz uma observação muito interessante que merece ser conduzida à presente pesquisa neste momento, especialmente no que toca ao surgimento dos direitos sociais e à implementação dos Estados Sociais.

Como já se disse, a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, e deste para o Estado Regulador – que será abordado no tópico seguinte –, não representa uma fratura, mas sim o produto de uma série de eventos dinâmicos que, ao se inter-relacionarem, desencadeiam na sociedade a reflexão de que o modelo de Administração Pública até então adotado, conquanto tenha produzido vantagens inegáveis, merece ser reconfigurado. É necessário pontuar isso, dado que é comum relacionar a emergência dos direitos sociais, e, por conseguinte, a formação de um Estado com condições materiais de entregar aquilo que dele se espera, ao período pós-guerra, em especial à Primeira Guerra Mundial.

Ocorre que, apesar dessa habitual associação entre o fim da Primeira Guerra, em novembro de 1918, e o surgimento dos Estados Sociais, no que concerne aos direitos sociais – sua principal preocupação –, o reconhecimento formal desses direitos já era perceptível na Constituição do México de 1917, a Constituição de Querétaro, e, em momento ainda mais remoto, em diversos ordenamentos jurídicos que incorporaram os valores da Revolução Francesa, ao final do século XVIII. Aliás, Hobsbawm (2013, p. 279) relaciona a pressão pelos direitos sociais como um dos fatores internos que conduziram os Estados à situação de drástica litigiosidade que culminou na deflagração da Primeira Guerra Mundial¹¹, o que demonstra que, já àquele tempo, a sociedade pressionava o poder público por medidas capazes de superar as graves externalidades geradas pelo modelo liberal, dentre as quais, a abissal desigualdade entre os indivíduos.

Por esse fato, algumas prestações – em especial aquelas que compõem um mínimo existencial – podem ser exploradas economicamente pelos particulares, todavia, cabe a Administração Pública atuar de tal forma que garanta àqueles que não tem condições de acessar tais direitos da maneira com que estão dispostos no mercado também possam fazê-lo a partir do Estado.

Na medida em que cabe ao Estado-social entregar aos particulares diversas prestações que têm como objetivo último a concretização dos direitos fundamentais, por ele reconhecidos na esfera constitucional e perante a comunidade internacional¹², surge, simultaneamente, a obrigatoriedade de estruturar uma organização administrativa complexa, empregando os diversos – e escassos – recursos à sua disposição para que isso ocorra.

O Estado brasileiro, inaugurado pela Constituição Federal da República de 1988, possui um nítido viés social, na medida em que, ao longo de seu texto, como expressão do constitucionalismo de seu tempo, foram reconhecidos uma série de direitos fundamentais que, para a sua suficiente materialização, dependem da entrega, pelo poder público, de diversas prestações, notadamente àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade social. Podem ser destacados, como exemplos de direitos que desafiam a Administração Pública a desenvolver uma série de atividades destinadas aos particulares que os titularizam: i) o direito à saúde, previsto no art. 196, que depende de um estruturado sistema de saúde pública; ii) o direito à educação formal, com assento no art. 205, que demanda um conjunto de estruturas e serviços voltados aos diversos níveis da educação; iii) o direito de acesso à ordem jurídica justa, afirmado no art. 5º, XXXV, que exige, nos termos do art. 98, a estruturação do sistema de Defensorias Públicas, de tal maneira que, em cada Comarca, exista, ao menos, um defensor público de carreira com condições materiais de executar o seu rol de atribuições; entre outros.

É inegável que a adoção de um modelo de Estado Liberal, que desconsidera quaisquer distinções originárias entre as pessoas que vivem em uma comunidade, provocou sérios problemas que, notadamente em um país de colonização predatória e industrialização

¹² Ao analisar o estado da arte, a coexistência das expressões direitos fundamentais e direitos humanos já foi percebida, por Horta Filho (2024, p. 40), de tal maneira que a primeira expressão é empregada para cuidar daqueles direitos que estão enunciados aos particulares em face do Estado em dispositivo de natureza constitucional, enquanto a segunda expressão é empregada ao se referir àqueles que estão consagrados em algum Tratado ou Convenção Internacional firmado pelo Estado como sujeito de direitos na comunidade global. Assim, apesar da opção pelo emprego da expressão direitos fundamentais ao longo dessa pesquisa, para que seja evitada alguma ambiguidade, é conhecida a diferenciação de terminologias.

tardia, como é o caso do Brasil, ainda se manifestam de forma escancarada, após mais de trinta anos do surgimento de uma ordem jurídica que aspirava construir uma sociedade mais igualitária.

Muitos dos problemas que assolam os grupos socialmente vulneráveis continuam presentes, mesmo quando se considera que a efetivação do projeto constitucional, a partir da materialização dos direitos fundamentais, demonstra aptidão para a realização dos objetivos estabelecidos pelo legislador constituinte.

Por outro lado, o Estado Social acaba assumindo uma proporção monumental e, com isso, exige a extensão igualmente superlativa dos recursos necessários à sua manutenção, sendo certo que, para fazer frente a isso, é indispensável a previsão de maiores receitas públicas: esse modelo de Estado acaba amplificando a carga de tributos que são devidos por todos para fazer frente a tais gastos.

O Estado Social é a arena ideal para o desenvolvimento de um Estado que contrata em larga escala, tanto produtos e serviços quanto pessoas para agir em seu nome, e cobra dos contribuintes uma avassaladora carga de tributos, com o fito de preservar uma estrutura administrativa imponente, muitas vezes tratada pejorativamente como paquidérmica.

Essa realidade aponta para um desafio que não é uma exclusividade do Brasil, mas algo que se coloca de forma global e que, aos poucos, acabou desgastando esse modelo em prol de outro que exigisse uma estrutura administrativa mais enxuta e, por conseguinte, menos custosa sob o ponto de vista financeiro para os particulares.

A questão ligada à necessidade de obtenção de recursos tributários expressivos junto aos particulares é apontada, sob diversos vieses, como um dos principais fatores que contribuíram para o declínio da afirmação do Estado Social como modelo ideal a ser adotado. Santos (2016, p. 357) elenca os fatores ligados à questão fiscal que, segundo o seu ponto de vista, sedimentaram o caminho para o surgimento de um novo modelo político-econômico de Estado: a crescente necessidade de cobrança de tributos das mais variadas espécies para manter em funcionamento o aparato estatal cria, entre os contribuintes, uma sensação de confisco patrimonial; e, além disso, políticas fiscais inadequadamente elaboradas ou implementadas acarretam o ingresso no erário de recursos em volumes inferiores aos necessários ou provocam a erosão daquilo que foi arrecadado, em ambos os casos sem que se produza um benefício perceptível aos contribuintes.

Outra questão que contribui para o incremento das críticas ao Estado Social é a ineficiência¹³ dos órgãos estatais no fornecimento das utilidades esperadas pelos particulares, ainda que, em alguns casos, tal crítica não se ampare em base empírica consistente. Fukuyama (2004, p. 18) atribui à ineficiência do poder público na prestação de serviços aos particulares o status de catalisador das crises sociais contemporâneas, fenômeno que transcende a mera reformulação do modelo político-econômico do Estado, revelando de modo escancarado a sua incapacidade de promover efetivamente o bem-estar dos indivíduos.

A afirmação de que os órgãos do Estado não possuem a capacidade de entregar aos particulares os serviços que lhes incumbem por expressa disposição normativa, não obstante a cobrança de exações significativas, enseja o questionamento acerca da eventual vantagem de se repassar tais prestações ao livre mercado, incumbindo-se aos agentes econômicos privados, em regime de concorrência, a entrega dessas utilidades essenciais.

Em obra seminal, Hood (1998, p. 6), após tratar da ineficiência da Administração Pública como característica observada, especialmente após a implementação do Estado Social, coloca a busca pela eficiência como preocupação central para a manutenção da legitimidade do poder público perante a sociedade. Esse cenário, prossegue o autor, tornar-se-ia mais plausível a partir da reorganização da estrutura estatal, de modo que determinadas atividades fossem remetidas à competência da livre iniciativa, enquanto aquelas que remanescessem sob a incumbência estatal passassem a ser desempenhadas com foco na eficiência e na busca por resultados.

Parece não haver qualquer dúvida de que o pensamento neoliberal influencia a compreensão atual acerca da formação da Administração Pública: em seu aspecto orgânico, muitas vezes sem considerar o impacto que refletirá na realização das atividades públicas em geral – e que repercutirá, sobretudo, nos interesses dos grupos mais vulneráveis, destinatários preferenciais das atividades mais complexas, custosas e relevantes do Estado –, observa-se a defesa intransigente da redução da estrutura estatal; em seu aspecto funcional, defende-se a transferência da maior quantidade possível de atividades à responsabilidade dos agentes econômicos privados, além da implementação de

¹³ Os problemas afetos à ineficiência do Estado na consecução das atividades que recaem sob sua responsabilidade por expressa disposição normativa levaram Cotarelo (1990), a partir da expressão “Estado do Bem-Estar”, a alcinhar tal hipótese como “Estado de Mal-Estar”, na medida em que os serviços prestados pelo poder público, em vez de implicarem utilidades para os seus destinatários, acabavam, em realidade, por prejudicá-los.

um sistema de gestão pautado na eficiência e na produtividade, inspirado na lógica empresarial.

Como é recomendável no estudo de qualquer fenômeno, impõe-se o estabelecimento de uma noção conceitual a respeito do objeto da análise, no caso, aquilo que se compreende por neoliberalismo, base político-ideológica que impulsionou a reconfiguração das administrações públicas da maioria dos Estados no último quarto do século XX. A obra de Harvey (2014, p. 12-17), especialmente em seu capítulo introdutório, revela-se de louvável clareza ao explicar os pressupostos do neoliberalismo, as razões de seu acolhimento, seu conceito e suas principais consequências.

A defesa do pensamento neoliberal parte da premissa de que o Estado não detém as melhores condições para concretizar o bem-estar dos indivíduos e, nesse sentido, caberia aos particulares, por meio da proteção ao direito de propriedade e da preservação, no maior grau possível, da liberdade de empreender em um mercado igualmente livre, atuar da melhor forma que lhes for possível. Ademais, ao se isolar o Estado da possibilidade de atuar como agente econômico, mitiga-se o risco de que determinados grupos de interesse capturem a gestão da coisa pública em proveito próprio.

O neoliberalismo, dessa maneira, corresponde a uma teoria de práticas político-econômicas que defende, de forma geral, que o bem-estar do ser humano é potencializado em um ambiente de liberdade absoluta para o desenvolvimento de suas potencialidades, razão pela qual ao Estado incumbiria, exclusivamente, a criação de um arcabouço normativo destinado à defesa do direito de propriedade e à preservação da liberdade individual, além do estabelecimento e manutenção de estruturas de defesa externa e de polícia aptas a proteger o exercício daqueles direitos. Sua atuação nos setores econômicos deve ocorrer de forma absolutamente excepcional, apenas nas situações em que o mercado seja inexistente ou incapaz, devendo o Estado retirar-se tão logo a iniciativa privada esteja em condições de assumir tais atividades.

Inobstante as externalidades percebidas a partir da aplicação dos conceitos neoliberais, notadamente nos países do sul-global¹⁴, pela influência político-cultural estadunidense, e em razão de que os defensores de seus valores passaram a ocupar posições

¹⁴ É inegável que, *pari passu* à hegemonia do modelo capitalista com o fim da União Soviética, o pensamento neoliberal passou a ocupar cada vez mais espaço, contudo, Harvey (2014, p. 21-24) aponta, especialmente a partir do fracasso do liberalismo embutido em meados da década de 1970, para a percepção de externalidades inerentes à dinâmica neoliberal, quais sejam: a) o aumento da acumulação de capital por um grupo de indivíduos cada vez menor; b) o aprofundamento do quadro de desigualdade, sobretudo naqueles países com economias mais frágeis, como é o caso brasileiro; e c) o crescimento do desemprego.

proeminentes na academia – com destaque para a Escola de Economia da Universidade de Chicago – e em organismos internacionais relevantes – como o Fundo Monetário Internacional e a Organização Mundial do Comércio –, percebeu-se a aplicação em larga escala do modelo neoliberal como paradigma a ser adotado, desafiando os Estados a promover movimentos de desregulação, privatização e retirada de determinados setores diretamente ligados à concretização de direitos sociais¹⁵.

Nunca é demais ressaltar que os impactos advindos das ações do Estado, decorrentes da aplicação em larga escala do pensamento neoliberal à gestão pública, são objeto de severas críticas, especialmente no que tange ao acesso de grupos em situação de maior vulnerabilidade a determinadas prestações que, sem a atuação da Administração Pública, se encontram em um lugar distante ou, ainda pior, inatingível. Dardot e Laval (2016, p. 281-283) demonstram, de forma clara, ácida e irretorquível, que os ideais neoliberais aplicados ao Estado não afastam a sua atuação do mercado, mas, ao contrário, inserem-na nesse contexto, submetendo suas ações ao escrutínio dos interesses de grupos econômicos internos e, mais gravemente, externos, sob a aparente defesa da liberdade e com nítida precarização dos serviços públicos. Sob a égide neoliberal, o Estado torna-se vetor de interesses econômicos privados, em detrimento da sua missão social originária.

Essa conjuntura de franca expansão do pensamento neoliberal conduz o Estado, em matéria administrativa, a abandonar, paulatinamente, a sua formatação social para assumir as vestes de um Estado regulador, no qual as atividades que permanecem sob sua responsabilidade são aquelas consideradas como indispensáveis ou estratégicas, na medida em que estão umbilicalmente ligadas ao exercício do poder constituído, atribuindo aos particulares, mediante a sua regulação e fiscalização, todas as demais.

Além disso, emerge, com grande força, uma visão segundo a qual a Administração Pública deve, ao mesmo tempo em que se desburocratiza, atentar-se para a apresentação à sociedade de sólidos resultados de sua atuação, a partir dos investimentos dos recursos econômicos e humanos que lhe são disponibilizados para a satisfação do interesse público. Como destaca Pereira (2003, p. 33), em artigo no qual apresenta a sua opinião acerca da estrutura do Estado para atender às necessidades da contemporaneidade: “Toda

¹⁵ A precarização dos direitos sociais a partir da aplicação do pensamento neoliberal, em especial nos países do Sul Global, onde se inserem a América Latina e a África, abre espaço para um quadro ainda mais grave, denominado por Mbembe (2018, p. 25-41) como necropolítica, que, em síntese, pode ser descrito como um modo racional de governar no qual se externalizam práticas que evidenciam a percepção de que certas vidas podem ser relegadas à morte ou ao abandono, ou, em suas palavras, uma “prerrogativa de gerir a morte como instrumento de produção de hierarquias existenciais, nas quais o valor da vida humana é seletivamente atribuído.”

administração pública gerencial tem de considerar o indivíduo, em termos econômicos, como consumidor (ou usuário) e, em termos políticos, como cidadão.”

Quando se apregoa que a Administração Pública em um Estado gerencial compreenda o particular¹⁶ da mesma maneira que um prestador de serviços ou fornecedor de produtos, em uma relação de consumo, considera o seu parceiro negocial, carrega-se para as atividades administrativas em geral uma preocupação que, historicamente, não era percebida. Ao contrário, em sociedades marcadas pelo autoritarismo — tal qual a brasileira —, o que se via era uma relação oposta, na qual, de forma errática, aparentava que o particular estava à disposição para servir ao Estado.

Com base em tudo isso, é possível definir o Estado-regulador como aquele que, a partir da redução das atividades diretamente realizadas por seus órgãos para incluir apenas aquelas que expressam uma manifestação de poder, minimiza a sua estrutura orgânica e impõe aos seus agentes estritos controles de eficiência, em moldes semelhantes aos que se observam no ecossistema corporativo, delegando aos agentes privados todas as demais, incumbindo-se, tão-somente, de atuar de forma normativa para evitar externalidades típicas do livre mercado e assegurar que o interesse público possa ser atingido de forma ótima.

É possível posicionar o Brasil dos dias atuais, mas, desde meados dos anos 1990, de forma preponderante, como tendo assumido o formato de um Estado-regulador¹⁷, o que se deu, principalmente, por meio das Emendas Constitucionais 05, 06, 07, 08 e 09/1995 e pela Lei n. 8.031/1990, sucedida pela Lei n. 9.491/1997, responsável pelo Programa Nacional de Desestatização, o PND.

Cardoso (2003, p. 15-17), que ocupava a Presidência da República no período em que foram realizadas essas mudanças, escreveu um artigo publicado em uma obra de autoria coletiva no qual se manifestava, de forma explícita, no sentido de que as inovações normativas surgiram, justamente, com o intuito de viabilizar uma alteração nos paradigmas da Administração Pública brasileira estabelecida pela Constituição Federal da República de 1988. A preocupação com as Reformas Administrativas – maneira como aquele

¹⁶ Ao contrário do autor citado, que emprega a expressão “cidadãos” relacionada ao adjetivo “consumidor”, adota-se, neste trabalho, a correlação com a expressão “particulares”, tendo em vista que também as pessoas jurídicas são destinatárias de muitas das atividades prestadas pelo Estado. Ademais, conforme dispõe o art. 1º, § 3º, da Lei n. 4.717/1965, que disciplina a Ação Popular, “cidadão” é apenas aquele que possui direitos políticos ativos — qualidade comprovada mediante a exibição do Título de Eleitor ou documento equivalente —, o que, naturalmente, é incompatível com a natureza jurídica de sociedades ou associações.

¹⁷ Essa também é a opinião de Oliveira (2011, p. 9): “No Brasil, a reformulação do papel e do tamanho do Estado foi implementada na década de 90, por meio de alterações legislativas importantes que liberalizaram a economia e efetivaram a desestatização”.

movimento de mudanças constitucionais e legislativas acabou sendo designado – era, ao mesmo tempo, mitigar os efeitos do pensamento puramente burocrático do Estado, que deveria visar à realização dos objetivos propostos pelas políticas públicas, incorporando, nas palavras do próprio Cardoso, “técnicas gerenciais que introduzam na cultura do trabalho público as noções indispensáveis de qualidade, produtividade, resultados, responsabilidade dos funcionários, entre outras.”

O que se vê com isso é que está inserido no núcleo da ideia de um Estado regulador ou gerenciador a imposição de que a Administração Pública atue em relação aos particulares – e, naturalmente, seja exigida nos mesmos parâmetros – da mesma maneira que ocorre nas relações privadas que envolvem a prestação de um serviço.

É indiscutível que a preocupação com a eficiência das atividades desempenhadas pelos agentes administrativos e o abandono do procedimentalismo extremo da burocracia como uma espécie de finalidade a ser observada por uma Administração Pública ensimesmada em seus inúmeros órgãos é algo que deve ser comemorado. Por outro lado, a simples transposição do pensamento privado para o setor público merece profundas ressalvas, notadamente no que tange às atividades que se dirigem diretamente aos particulares, haja vista que a universalidade da atuação do poder público exige uma padronização que não coaduna com o que se espera de um agente econômico privado que presta utilidades a um limitado grupo de indivíduos, em geral, previamente selecionados como um nicho específico de atuação mercadológica.

O Estado-regulador, pode-se dizer, ao mesmo tempo em que caminha no sentido de regressar a um Estado com menos responsabilidades no desempenho das atividades diretamente aos particulares, tal qual ocorria no modelo liberal, acaba submetendo-se, naquilo que permanece sob sua competência, a aplicação de parâmetros vindos da iniciativa privada, muitas vezes, sem que a Administração Pública disponha das mesmas condições materiais para fazê-lo.

Em uma pesquisa que busca responder acerca da aplicação da teoria do desvio produtivo no que tange às atividades administrativas em sentido estrito, conceito que será apresentado a seguir, a aplicação da lógica neoliberal por um Estado regulador é um vetor que não pode ser deixado em segundo plano; ao contrário, deve ser enfatizado. Isso porque, na medida em que se exige da Administração Pública um padrão de eficiência semelhante àquele observado nas relações privadas em geral, é evidente que não se justificaria, ao menos a princípio, a exclusão da eventual responsabilização do poder público.

1.3 AS DIVERSAS MANIFESTAÇÕES DE ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS

Pode-se dizer, a partir do problema que foi proposto para ser enfrentado nesta pesquisa, que dois conceitos são fundamentais para que, ao final, seja possível estabelecer uma resposta verificável a partir de métodos racionais. Um deles é a delimitação quanto ao que consiste a Teoria do Desvio Produtivo e, neste tocante, o capítulo seguinte do trabalho será dedicado a estabelecer as suas bases.

O outro ponto nevrálgico para a tese é delimitar qual a espécie atividade administrativa do Estado que será analisada quando evidenciado esse desvio produtivo do particular, utilizando parâmetros objetivos de técnica jurídica.

A fixação do conceito dessa atividade administrativa é o que permitirá verificar se a Teoria do Desvio Produtivo, cuja aplicação já é reconhecida em hipóteses diversas para as quais foi criada, deve ser estendida a este tipo específico de atuação do poder público. Dessa forma, ao longo das próximas linhas, será estabelecido o conceito de atividade administrativa adotado neste trabalho.

1.3.1 A multiplicidade de atividades desempenhadas pela Administração Pública para a concretização do objetivo do Estado

Como se viu, a partir do momento em que o movimento Iluminista surge, trazendo consigo o antropocentrismo, o Estado passa a assumir um viés instrumental, legitimando sua existência na medida em que viabiliza o reconhecimento da dignidade das pessoas, notadamente por meio da materialização de uma série de direitos. Assim, o Estado se torna um prestador de utilidades a partir do emprego dos recursos públicos que angaria, em especial, a partir do recolhimento de tributos.

Isso não significa, todavia, que a extensão dessas competências em favor das pessoas tenha se mantido constante ao longo da história¹⁸. Observa-se que, em certos períodos, tais prestações eram mais restritas, dado o viés liberal que se imprimia ao Estado, buscando-se a menor intervenção possível nas atividades dos particulares. Posteriormente, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial e a ascensão do Estado do Bem-Estar Social, o rol de obrigações da Administração Pública com os cidadãos atingiu seu ápice. Por fim, diante de uma crise fiscal crônica, intensificada pelo crescimento da estrutura pública e pela

¹⁸ Esse movimento, assemelhado a uma sanfona, em que os serviços devidos pelo Estado aos particulares variam ao longo do tempo, é considerado por Esquivel Vásquez (2010, p. 201) como um dos principais obstáculos para a fixação de um conceito de serviço público atemporal.

influência dos ideais neoliberais na gestão estatal, observa-se uma retração no papel do Estado na prestação de serviços.

O certo é que, para que o Estado possa atuar por meio de seus agentes na materialização destes direitos, é indispensável a realização de uma série de atividades antecedentes. Para que a Administração Pública tenha as condições de prestar ao particular um serviço adequado à concretização de um direito fundamental, é indispensável que, em momento antecedente, uma série de atividades-meio sejam executadas, em sua maioria, senão na unanimidade, ligadas a processualização das suas práticas.

Um exemplo ilustra bem essa situação. Durante a pandemia da Covid-19, para que o Estado brasileiro se desincumbisse da prestação do direito à saúde, conforme estabelece o art. 196 da Constituição Federal da República de 1988, tão logo os laboratórios anunciaram a festejada descoberta de um imunizante para o vírus, foi necessária a adoção de diversas providências para que a população tivesse acesso ao medicamento nos postos de saúde. Os agentes políticos destinaram uma parcela significativa de recursos públicos para adquirir imunizantes em quantidade suficiente para atender à população. Uma vez adquirida a vacina, as autoridades sanitárias do país precisaram homologar a substância a partir dos procedimentos técnicos indispensáveis. Em seguida, foi necessário contratar agentes públicos de saúde em número suficiente para garantir um atendimento eficiente àqueles que buscassem as unidades de saúde para se imunizarem. Por fim, as vacinas foram adquiridas e chegaram aos seus destinatários.

Vale lembrar que, durante esse trâmite, diversos procedimentos administrativos foram necessários, muitos deles voltados à contratação adequada de insumos, sem os quais a Administração Pública não poderia cumprir sua obrigação constitucional. Não é por outro motivo que, ao falar sobre as atividades-meio do serviço de saúde, destaca Trajano (2024, p. 33) que a hígidez do planejamento tem a aptidão para afetar a cadeia de suprimentos, de tal forma que gere um impacto na qualidade da assistência em saúde do paciente, a partir de uma quantidade de profissionais de saúde suficientes, medicamentos adequados, instalações em conformidade etc.

Esse exemplo aponta para a existência de uma relação indissociável entre a função de concretização dos direitos fundamentais pelo Estado e as atividades da Administração em sentido lato, de tal forma a abarcar tanto os serviços públicos quanto as atividades administrativas, isso porque essa obrigação somente poderá ser adequadamente

implementada a partir da elaboração e da execução de políticas públicas que, naturalmente, dependerão de uma série de condutas da Administração Pública.

No que diz respeito aos direitos prestacionais, como são aqueles que estão inseridos, seguindo a classificação de Sarlet (2005, p. 55), na segunda dimensão¹⁹, apenas com uma série de atividades da Administração Pública é que os particulares terão viabilizado o acesso aos direitos econômicos, sociais e culturais. Disso decorre a necessidade de que o Estado destine recursos públicos e estabeleça uma série de atividades que deverão ser realizadas pelos seus agentes para a materialização do dispositivo constitucional.

Mais uma vez, o recurso a um exemplo facilita a visualização dessa realidade. A partir do momento em que o art. 6º da Constituição Federal da República de 1988 adjetiva o direito à moradia com o traço da fundamentalidade, cabe à Administração Pública, por um lado, estabelecer incentivos econômicos para o acesso facilitado a linhas de crédito direcionadas à população em situação de vulnerabilidade econômica para a aquisição de imóveis populares financiados²⁰ e, por outro lado, manter uma estrutura suficiente para regularizar os assentamentos urbanos informais, principalmente a partir de métodos extrajudiciais de reconhecimento de aquisição da propriedade, além da busca ativa por imóveis rurais que, por não desempenharem a sua função social, acabam sujeitos à desapropriação para fins de reforma agrária.

Sem que os agentes do Estado, desde os cargos políticos de maior expressão a quem incumbirá estabelecer as políticas públicas que efetivarão o compromisso assumido pelo legislador constituinte, até os agentes administrativos com atribuições de mera

¹⁹ No que tange à catalogação das diversas categorias de direitos fundamentais, há autores, como Schäfer (2013, p. 21), que, ao classificá-los, empregam a expressão “gerações”; outros, como Sarlet (2005, p. 53), preferem o emprego de “dimensões”. Percebe-se, é bom dizer, uma predileção pelo uso da expressão “gerações” para estabelecer a classificação dos direitos fundamentais. Ao longo dessa pesquisa, opta-se pelo emprego da expressão “dimensões” por duas razões. A primeira delas, ligada à cumulatividade dos direitos fundamentais, é a preocupação em evitar uma possível compreensão de que eles se sucedem, de tal forma que se excluíssem, o que, sabemos, não se admite. A segunda delas é que, assim como Santoro e Paiva (2020, p. 166), os direitos fundamentais são encarados aqui como o produto de uma construção histórica, partindo dos processos de luta dos grupos vulneráveis que, a partir deles, são protegidos contra a força do Estado que os reconhece, tão-somente, para preservar a ordem. Nesse sentido, compreende-se que o termo “dimensões” se ajusta melhor à compreensão do fenômeno em seus diversos matizes e, por estes motivos, será empregado ao longo da pesquisa.

²⁰ O Sistema Financeiro de Habitação, regulado pela Lei n. 4.380/1964, tem como objetivo fomentar o financiamento habitacional a partir de dois instrumentos, quais sejam, taxas de juros mais brandas para os tomadores dos empréstimos para a aquisição de imóveis residenciais, e, ainda, pelo prolongamento do período de pagamento do valor financiado. A sua natureza de política pública voltada a concretização do direito à moradia digna é reafirmada quando se leva em consideração que a sua gestão é feita pelo Conselho Monetário Nacional a partir da captação de recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS – e do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo – SBPE.

execução, desempenhem as atividades que estão na sua esfera de competência, não será possível a consecução da finalidade precípua do Estado, tal como delineado no item 1.1 deste capítulo.

A atuação da Administração Pública não fica adstrita, como bem recordam Holmes e Sunstein (2019, p. 30-31), a essa dimensão prestacional dos direitos fundamentais. O Estado deve atuar, por meio dos seus agentes, da mesma maneira para resguardar aqueles direitos que estão inseridos na primeira dimensão, ligados aos valores liberais, e que tradicionalmente são referenciados como os que demandam uma postura omissiva do poder público, isto é, que exigem uma não intervenção.

O direito de propriedade, por exemplo, mesmo em um ordenamento jurídico que vincula o seu exercício legítimo à realização da função social²¹, demanda do Estado uma série de políticas públicas e atividades dos seus agentes para a sua defesa. Basta pensar na hipótese em que um imóvel é tomado de forma ilegítima por um terceiro, quando, a depender da situação, o titular do direito violado deverá recorrer ao uso da ação reivindicatória ou da ação possessória para fazer cessar a lesão. O próprio aparato de segurança pública também se revela um dos meios – no caso, preventivo – para a defesa da propriedade, o que, naturalmente, exige a manutenção de uma estrutura para a garantia daquele direito que, mesmo em tempos de funcionalização social, consubstancia o exemplo, por excelência, do ideal liberal e dos direitos de primeira dimensão.

Como se percebe, de maneira indistinta, os direitos fundamentais dependem de que o Estado, a partir dos seus agentes, execute uma série de atividades para as quais é competente e, com isso, garanta que os particulares tenham a sua dignidade respeitada. Todo direito fundamental é, com intensidades distintas, prestacional²² em sua essência,

²¹ Em que pese a ordem constitucional brasileira vigente preveja a proteção do direito de propriedade como um dos direitos fundamentais, como se observa no art. 5º, caput, e inciso XXII, da Constituição Federal da República de 1988, e, ao lado da autonomia privada do Direito dos Contratos, represente o espaço liberal por essência, não se pode olvidar a incidência da socialidade em seu conteúdo. O exercício adequado do direito de propriedade pressupõe que o seu titular o faça atento à função social que, como pontua Santos Júnior (2020, p. 48), “há de ter por limite o cumprimento de certos deveres e o desempenho de tal função”. O próprio texto constitucional estabelece quando a propriedade imóvel concretiza a sua função: i) no espaço urbano, de acordo com o art. 182, parágrafo 2º, “quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”; e ii) no espaço rural, como estabelece o art. 186, “quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: a) aproveitamento racional e adequado; b) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; c) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e d) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

²² Schäfer (2013, p. 103-104) apresenta uma interessante observação, a partir das lições de Jorge Miranda, no sentido de que o fortalecimento dos direitos fundamentais pressupõe o reconhecimento da sua unidade, de tal maneira que a cisão dimensional e a afirmação de que alguns demandam uma postura absenteísta e outros, proativa do Estado, não se revela como a mais adequada, posto que, independente do modelo em que melhor

exige políticas públicas, recursos do erário e uma série de atividades a serem desempenhadas em prol dos particulares.

No próximo tópico, a pesquisa terá o cuidado de enveredar por todas as correntes de pensamento que tentaram, a partir de diferentes vieses, definir, mesmo que de maneira mínima, o que se considera serviço público. Contudo, o intuito, neste momento, é evidenciar que não se deve considerar que toda atividade desempenhada pelo Estado possa ser classificada como serviço público, tratando-se de uma categoria específica dentre aquelas que são desempenhadas pela Administração Pública.

Como já restou bem delineado ao longo dos exemplos trazidos acima, para que o particular possa usufruir de uma prestação fornecida pelo Estado que salvguarde um direito fundamental reconhecido pelo legislador constituinte, é indispensável a prática de uma série de atos, em sua maioria restritos aos limites orgânicos da Administração Pública, que sequer são conhecidos pelos destinatários da atuação do poder público. É o que se dá quando ocorre a contratação de um novo agente público ou a aquisição de um insumo necessário ao correto andamento das atividades administrativas.

O particular não tem interesse, ao menos diretamente, nos atos que a Administração Pública precisa executar para que seja possível entregar um determinado direito fundamental. Quando o particular se dirige a uma unidade pública de saúde para um atendimento, poucos são aqueles que cogitam o encadeamento de atividades antecedentes que são necessárias para a entrega daquele serviço fundamental, o que inclui, desde a definição dos insumos que serão adquiridos para enfrentar as demandas sanitárias de uma região específica até a realização de concursos públicos para a contratação de uma mão de obra técnica com a qualificação para atender, com a qualidade que se espera, a população.

O Estado precisa executar um extenso leque de atividades-meio para que seja possível entregar uma utilidade ao particular e, com isso, desincumbir-se de sua obrigação constitucional ou legal. O ordenamento jurídico, de forma geral, não estabelece que essas atividades-meio sejam um direito subjetivo do particular²³, mas tão somente o produto que

se adequem – de liberdade, de igualdade ou de fraternidade intergeracional – todos exigem uma atuação efetiva do poder público. Assim, essa visão dualista – direito negativo e positivo do Estado – tem como único efeito conduzir o debate em torno da efetivação dos direitos fundamentais à teoria da reserva do possível ou à impossibilidade de judicialização dos direitos fundamentais, como preconiza Torres (2009, p. 273).

²³ Naturalmente, em especial no contexto de um trabalho que se debruça sobre as vicissitudes do processo de compras públicas, é importante fazer a ressalva de que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal da República de 1988 exige, por força do princípio republicano, que impõe o dever de impessoalidade na gestão da coisa pública, a realização de prévio procedimento licitatório para as contratações de bens e serviços pelos órgãos que compõem a Administração Direta e Indireta. Além disso, não se pode deixar de considerar a relevância do procedimento bem executado para o emprego eficiente dos escassos recursos do erário e, nesse

será obtido a partir da adoção de todas essas providências. Se essa atividade, restrita às entranhas dos órgãos da Administração Pública, for desempenhada de forma legítima e, principalmente, com observância da legalidade, os espaços discricionários abertos à melhor análise do gestor não poderão ser questionados pelo particular, senão a partir do controle exercido pelo sufrágio a cada término de mandato.

Em outras palavras, apesar da sua indiscutível relevância, o particular não possui um direito subjetivo à execução das atividades-meio que devem ser desenvolvidas pelos órgãos da Administração Pública, mas apenas que o Estado preste, de maneira eficiente, o serviço público indispensável à concretização do projeto constitucional que foi afeto à sua competência.

No processo de licitação, é possível enumerar uma série de atos que devem ser praticados pelos agentes públicos envolvidos no procedimento de contratação e que ficam à margem de qualquer possibilidade de escrutínio judicial quanto à forma adotada, sob pena de, assim ocorrendo, concretizar uma explícita violação à separação dos poderes, nos moldes do art. 2º da Constituição Federal da República de 1988. É o caso do estudo técnico preliminar²⁴, previsto no art. 18, inciso I, da Lei n. 14.133/2021, em que caberá ao agente público estabelecer as qualidades do insumo necessário para o atendimento do interesse público, bem como definir a modalidade de licitação, o critério de julgamento e o modo de disputa que serão empregados no certame para a obtenção da melhor proposta.

O mesmo se diga em relação ao concurso público, no qual a Administração Pública tem a liberdade, observado o seu prazo de validade, de nomear e empossar os candidatos aprovados, garantindo que a máquina pública disponha de mão de obra qualificada e em quantidade suficiente para que o atendimento seja adequadamente prestado.

Parece intuitivo que, se as atividades-meio se consubstanciassem como um autêntico direito dos particulares, seria possível que eles dispusessem dos meios

sentido, de forma ampla, o procedimento administrativo instituído pela Lei n. 14.133/2021 é um direito dos particulares. Todavia, o que se quer dizer é que os termos em que serão realizadas essas atividades-meio não são sindicáveis pelo particular, mas compõem a esfera de discricionariedade do administrador público.

²⁴ O estudo técnico preliminar é um dos artefatos que compõem a fase preparatória do processo licitatório e cuja finalidade é justificar a necessidade de contratação a partir da determinação do interesse público que será tutelado com a futura contratação e, ao mesmo tempo, definir os requisitos técnicos que deverão ser observados pelo anteprojeto, pelo termo de referência ou pelo projeto básico que serão elaborados. Torres (2024, p. 174) refere-se ao estudo técnico preliminar como um elemento fundamental para que a Administração Pública reflita acerca dos elementos exógenos, como, por exemplo, as soluções disponíveis no mercado para o atendimento da necessidade administrativa, e dos elementos endógenos, assim concebido o ferramental aplicável à seleção do objeto.

necessários para que, em caso de sua eventual inobservância, pudessem exigí-los a partir de uma decisão com força coercitiva, o que, ao que parece, não é o caso. O que se tem, dessa maneira, é que essas atividades-meio devem ser compreendidas como um conceito específico do Direito Administrativo, distinto dos serviços públicos que, como direitos, são previstos em norma jurídica e exigíveis judicialmente, caso o Estado não atue de forma adequada.

É possível estabelecer, nestes termos, o conceito de atividade-meio a partir de um raciocínio *a contrario sensu* ou com o emprego de uma regra de exclusão, de tal maneira que, poderá ser assim considerado toda vez que a sua conduta não representar a entrega de um serviço público ao particular.

1.3.2 O serviço público como atividade administrativa

Na medida em que o objetivo deste tópico é estabelecer, em linhas gerais, o que se considera uma atividade administrativa propriamente dita e, na esteira do que se desenvolveu até aqui, trata-se de um conceito que pode ser melhor extraído excluindo-se todas aquelas atividades que se ajustam à ideia de serviço público, impõe-se, a partir de agora, enveredar no debate em torno do conceito deste instituto que, como se disse, remonta ao tempo em que o Direito Administrativo ganhou a sua autonomia científica.

É importante dizer, desde já, que não se trata de um objetivo simples de ser alcançado, na medida em que se trata de um dos institutos deste campo específico do saber jurídico que possui a mais expressiva quantidade de concepções. Vale acentuar também que a pluralidade de pensamentos e a robustez dos argumentos trazidos por cada um dos autores que fundaram as teorias a respeito do tema tornam uma tarefa difícilíssima conseguir estabelecer uma unanimidade acerca daquela que representa a melhor abordagem para a definição do serviço público.

Tanto é verdadeira essa afirmação que Aragão (2017, p. 71), em sua obra de referência sobre o tema, adverte seu leitor no sentido de que convém buscar uma noção de serviço público para que, apenas em um momento posterior, possa ser estabelecido um conceito do instituto, haja vista a dificuldade em apreender, em uma definição, “um fenômeno tão multifacetado e dinâmico como os serviços públicos”.

1.3.2.1 Os critérios para que uma atividade seja considerada como serviço público

Esse caráter multifacetado e dinâmico que dificulta a tentativa de conceituação do que se considera, cientificamente, como um serviço público, pode ser superado com o

auxílio da doutrina administrativista, notadamente, por meio da análise dos critérios apresentados para tanto, dentre os quais se destacam²⁵: (i) o critério subjetivo ou orgânico; (ii) o critério objetivo ou material; e (iii) o critério formal ou jurídico.

A partir da utilização destes critérios, repita-se, largamente reconhecidos pela doutrina, será possível esboçar o conceito de serviço público.

A adequada compreensão do requisito subjetivo como critério distintivo de uma atividade, para que ela possa ser qualificada como serviço público, depende, como seu pressuposto, do conhecimento da diferenciação entre os conceitos de titularidade do serviço público e de titularidade da prestação do serviço público.

A titularidade do serviço público é a determinação, por ato normativo, de que incumbe a um ente federativo prestar uma atividade. Pozzo (2012, p. 71) refere-se ao ente federativo que recebe a competência como o “senhor daquele determinado serviço”.

É importante que dois pontos sejam tratados no enfrentamento que se impõe neste momento do trabalho. O primeiro é que, ao se tratar daquilo que pode ser considerado serviço público, não se pode ignorar, como dado constitucional relevante, que o modelo de ordem econômica delineado pelo art. 170 da Constituição Federal da República de 1988 afeta o desenvolvimento das atividades econômicas aos agentes econômicos privados, enquanto a atuação do Estado nesse campo é excepcional e somente se justifica quando assim tiver sido declarada a vontade do Poder Constituinte.

O segundo é que, como se sabe, a Administração Pública encontra-se umbilicalmente vinculada à ideia de legalidade e, por isso, apenas naqueles casos em que uma norma jurídica afetar determinada atividade ao Estado é que o ente que recebeu essa atribuição deverá atuar.

A titularidade da prestação do serviço público, por sua vez, representa a atribuição para exercer as atividades necessárias à sua prestação, sendo certo que, nesta seara, será da entidade estatal ou do particular que atua em colaboração com a Administração Pública, a partir de uma prévia delegação para atuar em seu nome. Mais uma vez recorrendo a Pozzo (2012, p. 71), a titularidade da prestação do serviço público representa o exercício das atividades materiais respectivas.

²⁵ Apesar de a maioria da doutrina utilizar três critérios para qualificar uma atividade como serviço público, impõe-se ressaltar que alguns autores adotam um rol distinto. Nesse sentido, Conrado (2013, p. 171-229) entende por bem fragmentar o critério jurídico em dois, a saber: 1) Critério formal-funcional, que leva em consideração o regime jurídico aplicado para regular as relações estabelecidas com os particulares destinatários dos serviços; e, 2) Critério formal-normativo, que confere a natureza de serviço público às atividades assim reconhecidas expressamente por uma norma constitucional ou outro ato normativo.

De forma resumida, a titularidade do serviço público corresponde à imposição constitucional para que um ente estruture as políticas públicas necessárias à entrega de determinada utilidade ao particular, destinando planos de atuação e reservando os recursos humanos e financeiros indispensáveis. Por seu turno, a titularidade da prestação do serviço público significa, no caso concreto, a incumbência de viabilizar a atividade ao particular.

Essa apresentação é essencial, pois o requisito subjetivo ou orgânico passou por uma reconfiguração em decorrência, como bem destaca Conrado (2013, p. 143), da dinâmica do Estado e do papel que, em cada época, se concebe que ele desempenha em relação aos particulares. Como já foi abordado anteriormente neste capítulo da pesquisa, as atividades que recaem sob a responsabilidade do Estado variam conforme ele adote uma feição liberal, social ou reguladora.

Originalmente, seguindo o critério subjetivo ou orgânico, uma atividade poderia ser considerada um serviço público naqueles casos em que sua execução, imposta por lei, ocorresse por meio da atuação de algum de seus agentes. Como pontua o argentino Santiago Marienhoff (2003, p. 20), o critério subjetivo, na forma como foi concebido, confunde o serviço público com a organização administrativa mantida pelo Estado para o desempenho das funções que lhe são cometidas, na medida em que se exige que a prestação decorra, necessariamente, da atuação direta de um dos seus agentes – agentes públicos tomado como uma expressão de sentido técnico de Direito Administrativo.

Se, à época em que a teoria foi elaborada, com a predominância de um Estado marcadamente liberal e, por conta disso, com a Administração Pública afastada, ao máximo, da prestação de serviços que pudessem ser explorados livremente pelos particulares, essa construção se revelava adequada, a transição para o Estado Social, com a ampliação do rol de serviços que o poder público deve prestar aos particulares, notadamente para viabilizar a equalização material da condição de vulnerabilidade quanto ao acesso a algumas utilidades essenciais para a dignidade da pessoa, impôs sua reestruturação.

À medida que o Estado passou a ser demandado quanto à prestação de determinados serviços pelos particulares, muitos deles exigindo uma expertise técnica acentuada e um robusto investimento econômico, tornou-se necessário, para que o programa constitucional não fosse frustrado, permitir a atuação de agentes privados em regime de colaboração. No campo específico da pesquisa aqui entabulada, essa necessidade se verifica a partir da delegação dos serviços públicos, quando particulares interessados na exploração econômica de uma atividade que, por força da legislação, incumbe ao poder

público, após serem submetidos ao regular processo de licitação, recebem a incumbência de executar todas as atividades necessárias para que a coletividade possa desfrutar da utilidade que ela consubstancia.

Se o critério subjetivo exigia que a atividade fosse desempenhada pelo Estado, por meio de um de seus órgãos, para que pudesse ser qualificada como um serviço público, tornou-se premente adaptar a teoria aos novos tempos que se apresentavam com a emergência do Estado Social. Por essa razão, ela foi reconfigurada de modo a abarcar, no conceito de serviço público, não apenas as atividades prestadas diretamente pelos órgãos estatais, mas também aquelas executadas por particulares em regime de colaboração com o poder público.

É justamente em razão dessa adaptação da teoria que, na introdução deste subtópico, fez-se necessária a distinção entre a titularidade do serviço público e seu exercício: em sua conformação mais adequada às necessidades de um Estado prestador de múltiplos serviços, o elemento subjetivo do conceito deixa de considerar apenas aqueles em que a Administração Pública atua diretamente por meio de seus órgãos, passando a incluir, nesse contexto, também os serviços prestados por particulares a partir de uma delegação prévia de sua execução. Opera-se uma distinção entre a titularidade do serviço e a titularidade de sua execução, de modo que sua prestação por um particular, após delegação estatal, não constitui fato suficiente para alterar sua natureza, mantendo-se incólume sua qualidade de serviço público.

É interessante notar que, embora a reformulação do critério subjetivo represente uma verdadeira adaptação da teoria às necessidades de um modelo de *Welfare State*, ainda há respeitadas vozes na doutrina que distinguem as atividades exclusivas das não exclusivas do Estado. Pozzo (2012, p. 86-87) é um dos que sustentam que, nas situações em que o particular desenvolve economicamente uma atividade atribuída pela norma constitucional ao poder público, mas sem exclusão da iniciativa privada, essa atividade não estaria submetida a um regime de direito público. Essa mesma linha argumentativa é seguida por Mello (2009, p. 280), que exemplifica tal distinção com os casos da saúde e da educação.

É inegável que o critério subjetivo para a definição de serviço público pretende estabelecer, de forma clara, que a participação do Estado no planejamento ou na execução da atividade é essencial para que ela se enquadre nessa categoria. Diferentemente do que ocorre nas atividades econômicas exploradas sob o regime da livre iniciativa, quando um agente econômico privado pretende oferecer serviços de educação ou assistência à saúde

complementar, impõe-se a ele uma regulamentação mais rigorosa quanto à sua atuação perante os destinatários desses serviços, com intensidade superior àquela exigida para outras atividades econômicas.

Basta observar, no caso da prestação de serviços essenciais à garantia do direito à saúde, que, quando explorados por agentes econômicos privados, estão submetidos à regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, que, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.961/2000, possui, entre suas atribuições: (i) elaborar normas que orientem a operação do setor de saúde suplementar, estabelecendo os requisitos a serem atendidos pelos planos de saúde; (ii) supervisionar e fiscalizar as operadoras de planos de saúde, assegurando o cumprimento da legislação; (iii) aplicar sanções administrativas às operadoras em caso de infrações; (iv) garantir a inclusão, em qualquer contrato, de um rol mínimo de procedimentos; e (v) estabelecer as regras de reajuste e equilíbrio financeiro dos contratos, de modo a permitir que o consumidor usufrua dos serviços e o empresário obtenha lucro a partir da mobilização de seus recursos produtivos.

Esse controle, exercido por uma agência governamental e incidente sobre as diversas etapas da cadeia de fornecimento dos serviços de saúde suplementar aos particulares, evidencia que, ao contrário do que ocorre nas atividades econômicas regidas exclusivamente pela livre iniciativa, há uma sujeição a um regime especial, no qual a liberdade do prestador do serviço é reduzida precisamente em razão de sua atuação no desempenho de uma atividade que incumbe ao Estado. Assim, mesmo quando prestado por um particular, um serviço que o ordenamento jurídico entendeu por bem atribuir ao Estado não perde sua aptidão para ser qualificado como serviço público, justamente em razão do critério orgânico.

O segundo critério comumente empregado para a definição de serviço público leva em consideração a natureza da atividade prestada, ou seja, sua vinculação à satisfação de um interesse legítimo dos particulares. A atuação estatal, em qualquer hipótese, orienta-se pela realização do interesse público, o qual, segundo Bacellar Filho e Martins (2019, p. 272-273), consiste na vinculação de toda atividade administrativa à concretização do programa constitucional que fundamenta o Estado. Tal direcionamento busca, sobretudo, assegurar que os particulares possam usufruir dos direitos fundamentais que lhes foram reconhecidos.

A Administração Pública atua por meio de atos administrativos, assim considerados os atos jurídicos praticados pelos agentes públicos que, regularmente

investidos em uma função pública, emitem, de forma unilateral, uma vontade imputada diretamente ao órgão a que estão vinculados, com o objetivo de atender a um interesse público e sob a regência de um sistema próprio de direito público, que lhes assegura prerrogativas distintas daquelas conferidas aos agentes privados.

Certo é que qualquer atividade administrativa deve, obrigatoriamente, estar voltada à realização de uma finalidade de interesse público, como estabelece o art. 2º da Lei n. 4.717/1985, sob pena de invalidade, inclusive sindicável perante o Poder Judiciário, na medida em que, como é cediço, a finalidade constitui elemento vinculado de qualquer atuação do Estado.

O critério objetivo, ou material, como enfatiza Fernández Ruiz (1995, p. 66), não leva em consideração o sujeito que executa a atividade dirigida ao particular, mas concentra-se em uma perspectiva centrada na natureza da necessidade a ser satisfeita: uma vez voltada ao cumprimento do programa constitucional, mediante uma atividade que, em princípio, é estabelecida como competência do Estado, deverá ser considerada serviço público.

Esse critério, ao levar em consideração o interesse que a atividade pretende satisfazer, acaba por tornar secundário o debate em torno da questão afeta a quem incumbe sua execução direta: pouco importa se o serviço é prestado por um órgão público ou por um particular que receba a delegação para tanto, pois, uma vez estabelecido que seu escopo é satisfazer o interesse público em atendimento ao mandamento legal prévio, estar-se-á diante de um serviço público.

Da mesma forma, esse critério serve para desnaturar como serviço público qualquer atividade desenvolvida pelo Estado que não esteja ligada, de forma direta, à entrega de uma utilidade para a coletividade, como é o caso, por exemplo, do exercício do poder de polícia e das atividades de fomento que serão melhor explicadas nas próximas páginas.

É impossível cogitar qualquer atuação da Administração Pública voltada à satisfação de interesses privados. Portanto, afirmar que o Estado atua com vistas a atender ao interesse público representa, em certa medida, uma tautologia conceitual. Todavia, há casos em que o Estado atua direcionado à realização de um interesse público secundário que, como ensina Oliveira (2011, p. 131), “é o interesse próprio do Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se fundamentalmente à noção de interesse do erário”. É o caso, por exemplo, da atuação das empresas estatais, notadamente das sociedades de

economia mista, como o Banco do Brasil S.A. e a Petróleo Brasileiro S.A., que operam, cada uma em sua esfera empresarial, em concorrência com os agentes privados do setor.

Pozzo (2012, p. 88), ao tratar de forma mais detida o critério objetivo ou material, ressalta que:

Recorde-se que o aludido requisito exige, para seu correto preenchimento, as seguintes condições: (i) a atividade desempenhada a título de serviço público deve salvaguardar algum interesse geral ou coletivo; (ii) essa atividade deve oferecer uma utilidade ou comodidade material; e, (iii) a atividade oferecida deve ser singularmente fruível pelos administrados.

Assim, para que uma atividade passe pela testagem do critério objetivo e seja considerada um serviço público, não é suficiente, embora seja decisivo, que esteja dirigida a atender a um interesse público; isso, porque é necessário também que ofereça uma comodidade material que possa ser apreendida singularmente pelos particulares que dela são destinatários.

Se, por um lado, tal critério ancora-se em um fundamento que, à primeira vista, se mostra nuclear no âmbito do Direito Administrativo e serve de parâmetro para a legitimidade da atuação estatal, por outro, a noção de interesse público apresenta-se dotada de notória fluidez semântica. Sua definição não se mostra estática: ela sofre inflexões ao longo do tempo — o que se compreende como interesse público²⁶ em dado recorte histórico pode deixar de sê-lo em outro — e no espaço — haja vista sua conformação variar conforme o tecido social em que se manifesta. No contexto deste trabalho, o que se compreende por interesse público já foi delineado há algumas linhas: trata-se de uma atividade cuja competência de planejamento e execução é atribuída, pelo ordenamento jurídico, ao Estado, o qual poderá — com vistas à concretização do princípio da eficiência, insculpido no caput do artigo 37 da Constituição Federal da República de 1988 — delegar sua execução a um particular que manifeste interesse.

²⁶ A delimitação de um conceito de interesse público, embora seja uma tarefa das mais instigantes, não constitui o objetivo central desta pesquisa, e a complexidade que o debate exige tornaria inviável abordá-lo de forma adequada tratando-o, apenas, em caráter incidental. Todavia, para que o trabalho não se veja desprovido da densidade teórica que dele se espera, é necessário destacar que, recentemente, Heinen (2022, p. 101-110) lançou uma obra em que propõe uma definição de serviço público a partir de distintos referenciais: i) o elemento subjetivo compreende a necessidade de que ele seja considerado como um interesse protegido pelo Estado ou cuja proteção se realize por meio dele; ii) o elemento formal-positivo é representado pela sua vinculação à concretização do ordenamento jurídico; iii) o elemento formal-institucional o associa à exigência de exercício de uma lógica de ponderação por parte dos gestores públicos; iv) os elementos materiais estão divididos entre uma margem negativa — segundo a qual o serviço público não se confunde com o interesse coletivo, tampouco com o interesse do Estado, exigindo, ainda, que se volte à proteção mediata das esferas de livre autonomia individual — e uma margem positiva, representada por sua conexão umbilical com os direitos fundamentais e pela necessidade de que o Estado atue, direta ou indiretamente, por meio de seus órgãos ou através de particulares em regime de colaboração. Além disso, não há, a priori, uma relação de antagonismo entre os interesses públicos e os interesses privados, que, no caso concreto, poderão coexistir harmonicamente.

Essa dificuldade revela-se de forma contundente quando, ao revisitar o estado da arte, Conrado (2013, p. 154) apresenta os múltiplos parâmetros utilizados para justificar o critério material na caracterização do serviço público: a necessidade de preservação da coesão e da interdependência social, viabilizada pelo fornecimento, pelo Estado, de uma série de utilidades essenciais aos particulares; o interesse da coletividade na assunção, pelo poder público, de determinadas atividades; a impossibilidade de se deixar que certas funções sejam exploradas em regime de iniciativa privada; e, por fim, a busca pela concretização de direitos fundamentais.

Sem perder de vista a rica produção que se tem até aqui é possível pensar o aspecto material e a justificativa pela qual determinadas atividades devem ser consideradas como serviços públicos a partir de uma visada keynesiana: a impossibilidade de que a prestação de utilidades esteja sujeita ao interesse de um agente privado em prestá-la aos particulares.

A essencialidade de determinadas atividades é tamanha que sua prestação não pode estar condicionada à lógica do interesse econômico privado. A racionalidade que orienta a atuação dos agentes privados, como é natural, baseia-se na possibilidade de obtenção de alguma vantagem econômica e, nesse cenário, não seria insólito supor que certas atividades, embora indispensáveis à coletividade, não possuam atratividade suficiente sob a ótica capitalista, o que poderia desestimular sua exploração. Ainda que sua prestação não se revele lucrativa e mesmo que inexistam apelo mercadológico para os agentes econômicos, a necessidade que os indivíduos têm por tais serviços permanece, impondo ao Estado — por força de sua responsabilidade constitucional — o dever de assegurar-lhes a continuidade e a universalidade.

Além desse traço, o critério material ainda exige, para uma parte dos autores que se debruçaram sobre o tema, que exista uma divisibilidade na apreensão dos benefícios decorrentes da prestação estatal nos serviços públicos, é importante tratar, ainda que em poucas linhas, da distinção estabelecida entre os serviços *uti singuli* e *uti universi*. Tal classificação leva em consideração a possibilidade de se identificar, de forma individualizada, a pessoa ou o grupo que se beneficia diretamente da atividade estatal, ou, como é comum identificar na doutrina, tem em mira a divisibilidade do objeto da prestação.

A distinção de um serviço como *uti singuli* e *uti universi* pode ser encontrada na obra de Aragão (2021, p. 139), que, logo em seguida, tece críticas com inegável robustez na argumentação jurídica para manifestar-se no sentido de que a tradicional equiparação deve ser revisitada, como será melhor abordado em momento posterior ainda neste tópico

do trabalho. Segundo ele, os serviços *uti universi* são aqueles “prestados a todos os membros da coletividade de forma indistinta, inespecífica e indivisível”, enquanto os serviços *uti singuli* são aqueles nos quais “os beneficiários e as quantidades usufruídas da utilidade são determináveis”.

A diferenciação torna-se especialmente evidente quando se busca analisar um caso concreto, como, por exemplo, o da segurança pública, em que não é possível distinguir em que medida cada pessoa desfruta desse serviço que incumbe, por expressa disposição do art. 144 da Constituição Federal da República de 1988, ao Estado, por meio, principalmente, do aparato de polícia ostensiva e judiciária. Nessa mesma linha, Madeira, Martins e Ramada (2017) destacam a natureza inalienável dessa prestação, ressaltando que “incumbe ao Estado promover a segurança pública da sociedade, nos termos do art. 144, da Constituição Federal”.

As críticas apresentadas por Aragão (2021, p. 139-140) à prevalente opção dos estudiosos do Direito Administrativo no Brasil, no sentido de incluir os serviços *uti universi* no conceito de serviço público, podem ser sistematizadas da seguinte maneira: 1) a inclusão dos serviços *uti universi*, sobretudo pela constatação de que sua prestação se dá por meio de um agente do Estado ou de um particular atuando em seu nome, acabaria por conduzir à falsa conclusão de que qualquer atividade do poder público pode ser ajustada ao conceito de serviço público — o que, como já demonstrado nesta pesquisa, configura um erro crasso; 2) tampouco se revela acertado vincular a ideia de serviço público a toda e qualquer atividade que represente um dever do Estado, uma vez que, se assim fosse, restaria novamente inviabilizada a distinção entre essas atividades e aquelas administrativas em sentido estrito; e, 3) a indivisibilidade que caracteriza os serviços *uti universi* acaba por confundi-los com outras atividades do Estado que, embora não prestacionais, asseguram algum benefício ao particular.

O Estado funciona voltado à satisfação do interesse público e, neste sentido, é natural que a quase totalidade de suas atividades esteja direcionada a atender uma necessidade da coletividade, razão pela qual pouco — ou nada — contribuiria para a definição de serviço público considerar que os serviços *uti universi* estejam incluídos em seu conteúdo.

Acrescente-se a isso que o substantivo “serviço” traz em si, de maneira quase intuitiva, a ideia de uma atividade voltada ao interesse de uma pessoa destinatária, de tal forma que não se consubstancia em uma simples ação, mas envolve uma necessária

dimensão relacional, de comprometimento ético e jurídico com o beneficiário que com ele estabelece um vínculo individualizado. Essa relação que se estabelece entre o prestador do serviço — no caso dos serviços públicos, o Estado — e o tomador — os particulares, pessoas físicas ou jurídicas — somente se torna visível nos serviços *uti singuli*, na medida em que apenas estes são divisíveis.

É interessante, neste sentido, a reflexão de Pereira (2006, p. 34):

Ao mesmo tempo em que se afirma o caráter coletivo do serviço público (que torna instrumental a posição do usuário), destaca-se o papel individual do usuário na relação concreta de serviço. Essa afirmação não nega que o serviço público seja dirigido ao público em geral, a uma pluralidade indeterminada de usuários em potencial. Mas se baseia em que o usuário efetivo é determinado e integra uma relação jurídica concreta. Por isso é que somente os serviços fruíveis singularmente que podem ser caracterizados como serviços públicos.

Dessa maneira, por critério objetivo ou material, consideram-se inseridas na categoria de serviço público as atividades do Estado voltadas à satisfação de um interesse público, como é próprio de qualquer atuação do poder público, sendo, contudo, necessário que a utilidade seja dirigida a um beneficiário específico, o qual, neste sentido, estabelece uma relação individualizável com a Administração Pública ou com o particular que atue em seu nome.

O terceiro requisito empregado para diferenciar uma atividade como serviço público é o modelo de regulamentação a que se submete ou, em outras palavras, o seu regime jurídico. Citando, mais uma vez, Béjar Rivera (2016, p. 46-47): “trata-se de serviço público quando esta atividade está submetida a um regime jurídico especial, que, em princípio, é derogatório do Direito Privado. O mesmo regime assinala as exceções a este princípio.”

Quando a Administração Pública atua, em uma situação específica, para entregar ao particular uma determinada atividade que possa ser considerada como um serviço público, o faz com um viés altruísta, ou seja, seu comportamento não visa a satisfazer uma necessidade própria, mas sim a do destinatário da sua atuação ou, até mesmo quando ocorre quando busca o interesse secundário e tenta maximizar os seus recursos de tal maneira que seja possível ampliar a sua estrutura e universalizar os serviços que já são prestados. O intuito da atividade administrativa que se consubstancia como um serviço público não é outro senão assegurar a satisfação de uma necessidade dos particulares, sendo certo que, na hipótese, não seria possível sem a interferência do Estado ou de um agente privado que atue em seu nome mediante prévia delegação.

Também precisa ser enfatizado que o serviço público, como qualquer atividade da Administração Pública, é dirigido a atender a um interesse público que, mesmo em um Estado Democrático de Direito baseado no valor da dignidade da pessoa – razão pela qual se despreza qualquer compreensão organicista que trate o indivíduo como instrumento do outro –, acaba por ocupar uma posição privilegiada. Qualquer serviço público, apesar da sua divisibilidade, está voltado a atender a uma necessidade da coletividade, razão pela qual não se pode deixar de reconhecer o seu status privilegiado em relação aos demais interesses.

Neste sentido, é necessário estabelecer no que consiste o regime jurídico de Direito Público que caracteriza os serviços públicos. Mello (2009, p. 276) define este regime como:

O regime de direito público – regime, este, concebido e formulado com o intuito manifesto e indeclinável de colocar a satisfação de certos interesses sob o pálio de normas que, de um lado, outorgam prerrogativas de autoridade a seu titular ou exercente (estranhas, pois, à situação que corresponde aos particulares em suas relações recíprocas) e, de outro, instituem sujeições e restrições igualmente peculiares.

O regime jurídico de direito público pode ser abordado, igualmente, a partir do prisma da supremacia e da indisponibilidade dos direitos fundamentais, de tal maneira que, tal regime é composto por um conjunto de regras e princípios que confere aos órgãos da Administração Pública alguns poderes peculiares, a fim de que possam agir para desincumbir-se da obrigação constitucional de atuar em prol da coletividade. Assim, o regime de direito público seria composto pela supremacia do interesse público, pela possibilidade de autoexecutoriedade de determinados atos administrativos, pelas cláusulas exorbitantes que tipificam um contrato administrativo em relação aos que são pactuados pelos agentes privados, etc.

Apesar de ser largamente utilizado pela maior parte dos administrativistas brasileiros, o critério formal, como destaca Conrado (2013, p. 204), não era empregado pelos autores mais tradicionais para viabilizar a conceituação do serviço público, em especial, com o argumento de que o aspecto subjetivo já seria suficiente para qualificar a atividade como tal. Contudo, esse cenário foi alterado e “decorre da inevitável constatação de que mesmo as melhores teorias acerca do que deva ser serviço público estão limitadas pelas determinações do direito positivo, seja da Constituição, seja da legislação infraconstitucional.”

Dessa maneira, para que uma atividade administrativa possa ser considerada como um serviço público, é indispensável que seja regulamentada a partir de um regime jurídico de Direito Público, no qual se estabelecem prerrogativas extravagantes em relação àquelas previstas no Direito Privado.

Mello (2009, p. 282-283) arrola os traços distintivos do regime de Direito Público que caracterizam os serviços públicos: a) o dever inescusável do Estado de promover sua prestação, de forma direta ou indireta; b) o princípio da supremacia do interesse público durante todo o seu processo de prestação; c) o princípio da adaptabilidade, que exige constante preocupação do poder público com o emprego das melhores técnicas, sob o ponto de vista da eficiência e da melhor tecnologia; d) o princípio da universalidade, que impõe ao poder público incumbido de sua prestação a obrigação de viabilizar que ele esteja disponível para o maior número possível de pessoas interessadas em acessá-lo; e) o princípio da impessoalidade, segundo o qual a Administração Pública não pode tratar de maneira distinta quaisquer dos potenciais beneficiários do serviço; f) o princípio da continuidade, que estabelece a vedação à sua interrupção, salvo nos casos expressamente autorizados pela legislação; g) o princípio da transparência, que obriga a Administração Pública a disponibilizar aos interessados e aos órgãos de controle as informações relativas à prestação do serviço; h) o princípio da motivação, que impõe ao administrador público o dever de fundamentar todas as decisões que envolvam a prestação do serviço público; i) o princípio da modicidade das tarifas, que exige da Administração Pública a oferta do melhor serviço possível ao destinatário mediante a menor contraprestação financeira viável, o que, além de corroborar a ideia de universalidade, decorre do fato de que sua entrega não se orienta pela captação de lucro; e, j) o princípio do controle, segundo o qual a prestação do serviço público, em todas as suas etapas, está sujeita à ampla atuação dos órgãos de controle, como é o caso, por exemplo, da Defensoria Pública e do Ministério Público. Esse conjunto de princípios, somado a regras específicas – como a Lei n. 8.987/95, que disciplina a concessão e a permissão de serviços públicos, e a Lei n. 13.460/17, que estabelece os direitos dos usuários desses serviços –, compõe o quadro normativo que regulamenta a prestação dos serviços públicos pela Administração Pública em todas as suas esferas federativas.

Ainda acerca do requisito formal, é necessário dizer que há autores que lhe conferem um sentido diverso daquele mais comumente identificado com o regime jurídico de Direito Público como responsável pela roupagem jurídica das relações nele fundadas. Ao investigar alguns autores, dentre os quais Béjar-Rivera (2016, p. 47) e Conrado (2013, p. 203), observa-se que o requisito é tratado como a designação, por norma constitucional ou infraconstitucional, de que determinada atividade deve ser prestada pelo Estado ao particular, o que se justifica por sua estreita vinculação com os direitos fundamentais.

De fato, quando se observa a conformação constitucional dada à ordem econômica brasileira, em especial o que estabelecem o art. 170, inciso IV, e o art. 173, ambos da Constituição Federal da República de 1988, constata-se que qualquer atividade que possa ser economicamente explorada recai sobre a iniciativa privada, incumbindo ao Estado apenas aquelas explicitamente estabelecidas pela Norma Fundamental. Disso decorre a relevância da previsão normativa quanto à competência da respectiva entidade federativa para a prestação do serviço ao particular, a fim de que este possa ser considerado como um serviço público.

É importante destacar, neste momento, que a definição de uma atividade como serviço público é uma opção do legislador, constituinte ou ordinário, ao defini-la como tal e, desta forma, retirá-la do campo de ação da livre-iniciativa. É aquilo que se chama de *publicatio* e que demanda para a sua edição uma análise detida quanto à sua conveniência na hipótese.

A ordem constitucional não interdita, em absoluto, que o Estado desenvolva uma atividade que, em sua essência, possua potencial econômico, mas somente poderá fazê-lo naqueles casos que se compreenderam, ao tempo da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, como indispensáveis por motivos estratégicos ou, como aponta Marques Neto (2024, p. 292), “quando a iniciativa privada não possuir interesse ou capacidade”. Assim, não há melhor maneira de estabelecer aqueles casos nos quais o Estado possa – ou melhor, deva – atuar na prestação de um serviço público.

Pense-se a respeito do serviço de saúde. É inegável que se trata de uma das atividades mais rentáveis para a exploração econômica e cujo mercado consumidor jamais deixará de existir, o que torna quase intuitivo afirmar que os agentes econômicos privados tenham por ele forte interesse. Por outro lado, o acesso aos serviços de saúde não pode ficar adstrito, ao menos em uma ordem jurídica fundada no valor da solidariedade, como é o nosso caso, apenas àqueles que possuem recursos financeiros suficientes para atender aos valores cobrados por profissionais médicos e hospitais privados. Não é por outro motivo que o art. 196 da Constituição Federal da República de 1988 impõe ao Estado a prestação do serviço de saúde de forma universal.

Dessa maneira, parece mais acertado dizer que o requisito formal, como elemento caracterizador de uma atividade para que ela possa ser considerada como um serviço público, compreende a exigência de que seu regime jurídico esteja informado por esse

conjunto de princípios e regras peculiares e, além disso, que haja dispositivo constitucional ou infraconstitucional que a vincule ao poder público.

1.3.2.2 O conceito de serviço público: controvérsias e opção para uso na pesquisa

A revisão bibliográfica realizada com o intuito de delimitar, de forma objetiva, o objeto desta pesquisa, a partir da noção conceitual de serviço público, permite perceber que as diferentes definições apresentadas pelos principais autores, nacionais e estrangeiros, distinguem-se, no que é relevante, pela maneira como manejam os três critérios acima indicados.

Dessa maneira, a noção conceitual passará, obrigatoriamente, pela relevância que cada autor atribui à tarefa de diferenciar o serviço público de quaisquer outras atividades, e, neste sentido, podem ser divididas em: a) amplíssima; b) ampla; c) restrita; e, d) restritíssima.

A visão amplíssima de serviço público mantém estreita ligação com as contribuições de Léon Duguit, precursor da Escola do Serviço Público ou Escola de Bordeaux, que passou a considerar, nos termos do que foi estabelecido no item 1.1, a função primordial do Estado de assegurar determinados direitos aos particulares, sobretudo quando se trata de atividades que, por sua relevância e pela deficiência dos agentes privados em sua realização, exigem a participação de um órgão da Administração Pública em sua execução.

A respeito dessa visão, sintetiza Aragão (2021, p. 78): “o serviço público era a atividade de relevância social que deveria ser assegurada pelo Estado para que ele atingisse seus fins, não importando se era exercida em regime de Direito Público ou Privado”. O destaque atribuído a essa concepção amplíssima de serviço público reside em sua incumbência estatal, pouco importando se se está diante de uma atividade-meio – como nos diversos procedimentos administrativos voltados à aquisição de insumos para os órgãos públicos – ou de uma atividade-fim, direcionada à entrega de alguma utilidade aos particulares.

Seguindo tal conceito, as atividades típicas desenvolvidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário poderiam ser incluídas como modalidades de serviço público, o que demonstra que essa visão pouco – ou nada – contribui para a delimitação do objeto ora estudado.

A concepção ampla, por sua vez, considera como serviços públicos aquelas atividades prestadas pelo Estado ou por agente privado em seu nome, após prévia delegação, que representem uma utilidade entregue ao particular, ainda que não se trate de prestação divisível.

É interessante perceber que, a partir dessa visão, exige-se que a atividade seja prestada ao particular para que seja considerada como serviço público, o que conduz à exclusão das atividades-meio desse conceito.

Prosseguindo na análise das concepções de serviço público, encontra-se a visão restrita que, em relação à concepção ampla, distingue-se pelo fato de exigir que as atividades prestacionais do Estado sejam direcionadas, especificamente, a um particular identificável. Em outras palavras, essa concepção exige que o serviço seja *uti singuli* para que possa ser considerado como serviço público.

Por fim, a concepção amplíssima demanda, além desse aspecto individualizável da prestação usufruída pelo particular destinatário da atividade estatal, que a sua remuneração se dê por meio do pagamento de taxa ou tarifa. Tomando esse conceito como o mais acertado, por exemplo, apenas um serviço nos mesmos moldes do fornecimento de energia elétrica com cobrança individualizada poderia ser considerado como serviço público.

A concepção ampla de serviço público é aquela que encontra maior aceitação no Direito brasileiro, especialmente pelos seguintes motivos: a) seguindo a linha aqui defendida, segundo a qual nem todas as atividades desenvolvidas pelo Estado devem ser consideradas como serviço público, essa visão permite distinguir com clareza o serviço público do poder de polícia, das atividades de fomento, das intervenções na ordem econômica e das atividades-meio; b) como não exige a divisibilidade da prestação, torna-se dispensável individualizar o particular que usufrui da utilidade colocada à sua disposição, de modo que os serviços *uti universi* por ela são alcançados; e, c) admite que aqueles serviços cuja titularidade não é exclusiva do poder público, mas prestados de forma compartilhada com agentes econômicos privados possam preservar, diante da sua estreita conexão com os direitos fundamentais, a sua natureza pública.

Desse panorama, especialmente em um ordenamento jurídico que se filia, de maneira predominante, à tradição da *civil law*, é importante verificar os referenciais a serem colhidos do direito positivo e que podem acenar quanto à visão que foi abraçada pela nossa experiência jurídica.

Após uma espera que perdurou por quase três décadas – como, aliás, sói acontecer quando o tema a ser tratado no Poder Legislativo envolve a proteção de um grupo em situação de vulnerabilidade social, por mais numeroso que seja –, a Lei n. 13.460, de 26 de junho de 2017, veio regulamentar o art. 175 da Constituição Federal da República de 1988 e instituiu o apelidado Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos.

Impulsionado pela onda de protestos que marcou o Brasil em meados de 2013 – tendo como uma de suas principais pautas a exigência de que os serviços públicos fossem prestados com maior qualidade à população –, o Projeto de Lei da Câmara n. 6.953/2002 deu ensejo à promulgação da Lei n. 13.460/2017, a qual estabelece um sistema protetivo aos usuários, com a pretensão de desempenhar função análoga àquela exercida pela Lei n. 8.078/1990 nas relações privadas de consumo.

O art. 2º da Lei n. 13.460/2017 elencou uma série de conceitos instrumentais voltados à aplicação daquela legislação e, em seu inciso II, entendeu por bem definir o que se compreende por serviço público: “atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública”. Em obra de comentários à legislação, Bittencourt (2018, p. 45) manifesta o entendimento de que o legislador, ao positivar o conceito de serviço público, adotou a concepção ampla, tal como já se registrava como compreensão predominante entre os administrativistas.

A intenção do legislador em oferecer um conceito de serviço público – tentando, de certo modo, substituir a academia – não foi das mais felizes, notadamente quando se observa que o dispositivo exige que a atividade seja “exercida” por órgão ou entidade da Administração Pública, quando o mais correto, na verdade, seria referir-se à “titularidade”, justamente para que não sejam excluídas aquelas atividades executadas por agentes privados, após prévio procedimento administrativo de delegação. Talvez fosse mais interessante, por exemplo, seguir o caminho adotado pelo art. 2º da Lei n.º 8.987/1995, que não incorre nesse mesmo equívoco teórico, distinguindo, de forma clara, titularidade e execução.

O certo é que o conceito legal vigente de serviço público abraça, de forma explícita, a concepção ampla.

Conceitualmente, serviço público é a atividade concreta que o Estado assume como expressão de seus deveres perante a coletividade, voltada à satisfação de necessidades ou utilidades de caráter público que se projetam sobre a esfera individual dos

administrados. O seu exercício ocorre sob um regime jurídico peculiar, concebido para conferir prerrogativas que assegurem a prevalência do interesse inerente ao serviço, ao mesmo tempo em que impõe limitações indispensáveis à sua tutela contra comportamentos, sejam eles comissivos ou omissivos, que possam comprometer direitos ou interesses dos administrados em geral e, especialmente, dos usuários diretamente alcançados pela prestação.

A opção por esse conceito não se justifica apenas por sua completude, mas também pela forma como o serviço público tem sido tratado nos tempos atuais: ao abraçar um discurso – desprovido de qualquer comprovação empírica racionalmente demonstrável – segundo o qual os serviços prestados por agentes econômicos privados, em regime de livre mercado, seriam, como regra, superiores em qualidade e eficiência quando comparados àqueles disponibilizados pela Administração Pública, passa-se a exigir que esta se ajuste, cada vez mais, às demandas da população, por exemplo, observando horários alternativos para atender a todos indistintamente, sem prejuízo dos compromissos cotidianos.

Ao exigir que a prestação disponibilizada pela Administração Pública — ou pelo particular que atue em seu nome — seja individualizável, isto é, *uti singuli*, permite-se verificar, de forma mais precisa, qualquer dano que eventualmente tenha sido experimentado. É bem verdade que o intuito da pesquisa não é aferir a aplicabilidade da teoria do desvio produtivo nas relações decorrentes dos serviços públicos, mas, sim, nas atividades administrativas em sentido estrito. Contudo, a ótica adotada é a de identificar situações anômalas manifestadas em relações individualizadas, motivo pelo qual essa definição mostra-se como a mais alinhada aos objetivos do trabalho.

Embora a concepção ampla de serviço público seja aquela que encontra maior aceitação no Direito brasileiro com respaldo legislativo expresso, a adoção da concepção restrita se justifica, no presente estudo, não por oposição teórica àquela orientação, mas pela necessidade de delimitar com precisão o campo de análise empírica da pesquisa. Como o objetivo central é a identificação de prejuízos decorrentes de anomalias administrativas que afetem diretamente sujeitos determinados, a definição que exige a prestação *uti singuli* mostra-se metodologicamente mais apropriada.

1.3.3 As demais formas de atuação do Estado

Feita essa breve abordagem em torno do serviço público, com o objetivo de estabelecer o conceito que será adotado neste trabalho, antes de se delimitar a atividade administrativa que será objeto de verificação quanto à possível aplicação da teoria do

desvio produtivo apta a ensejar o dever reparatório do Estado, impõe-se a análise das demais atividades que compõem a atuação da Administração Pública.

Neste sentido, podem ser enumerados o poder de polícia administrativa e a intervenção do Estado na ordem econômica, onde estão inseridos o fomento público, a regulação, a repressão ao abuso do poder econômico e a exploração de atividade empresária.

Dentre as atividades desempenhadas pela Administração Pública, é possível dizer que o exercício do poder de polícia talvez seja aquela que desperta o maior número de controvérsias com os particulares. Isso porque é de sua essência o estabelecimento de restrições ao exercício de direitos reconhecidos pela ordem jurídica e, nesse cenário, é comum que exista desacordo, muitas vezes insuperável, acerca da legitimidade e da extensão daquilo que é imposto em prol do interesse público. Aliás, é possível afirmar que o seu traço distintivo em relação às demais atividades desenvolvidas pelo Estado seja precisamente este: o poder de polícia implica restrição a um direito do particular e não a entrega de qualquer utilidade.

Ao contrário do que se observou na análise dos serviços públicos, a proposição de um conceito de poder de polícia não é tarefa que gere maiores debates entre os estudiosos. Essa constatação talvez se explique pela existência de um conceito normativo²⁷ de poder de polícia, usualmente empregado para a apresentação do instituto, extraído do art. 78 do Código Tributário Nacional:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

O poder de polícia costuma ser apresentado como a prerrogativa estatal de estabelecer, com o intuito de resguardar o interesse público, restrições pontuais a direitos titularizados por terceiros. Esse traço distintivo, vale dizer, é ressaltado por Caetano (1977, p. 336) como o mais evidente em relação às demais formas de atuação do poder público: “os serviços de utilidade pública atuam fazendo prestações que beneficiam os indivíduos,

²⁷ Em que pese se trate de uma opção bastante criticada, haja vista que o trabalho de estabelecer um instituto, o que envolve, naturalmente, a sua definição, é área própria da academia, e não uma preocupação dos membros dos Poderes Constituídos, que devem, na realidade, concretizá-los para a solução de impasses jurídicos na sociedade, tal prática acabou por consolidar um conceito normativo que, embora útil sob a perspectiva funcional, carece da densidade analítica que se espera da dogmática jurídica.

melhorando a qualidade da vida; enquanto a polícia é um sistema de restrições que limita a liberdade individual”.

Também é lugar comum, em todos os conceitos, condicionar o exercício do poder de polícia à existência de um prévio marco normativo que legitime a atuação da Administração Pública. Nesse sentido, a restrição imposta ao exercício de direitos dependerá da atuação concertada entre o legislador e o administrador, cabendo àquele criar a norma que permitirá que este possa agir na proteção de um interesse público limitando o exercício de algum direito próprio do particular.

Deve, ainda, ser feito um acréscimo muito interessante: ao vincular a legitimação do poder de polícia à necessária constatação de que a atuação restritiva estatal somente se justifica na medida em que estiver vocacionada à realização dos direitos fundamentais. A restrição de um direito com base no exercício do poder de polícia somente se justifica naqueles casos em que ela visa resguardar uma situação jurídica de um terceiro ou da coletividade ligada a garantia de um direito fundamental.

Se o Estado contemporâneo, tal como demonstrado no item 1.1, dirige sua atuação à consecução do projeto constitucional, com especial ênfase na concretização dos direitos fundamentais, qualquer limitação que imponha à liberdade ou à propriedade deve encontrar esteio nesse objetivo. Isso fica muito claro, por exemplo, nas restrições impostas ao exercício do direito de propriedade urbana pelos municípios, a partir do seu Plano Diretor, justificando-se tais limitações pela melhor utilização do solo urbano, de modo a potencializar o bem-estar dos munícipes.

Dessa maneira, é impossível conceber o regular exercício do poder de polícia pelo Estado sem que ele esteja voltado, em última análise, à realização do interesse público e, sobretudo, à concretização dos direitos fundamentais.

Assim, para caracterizar essa modalidade de atuação da Administração é indispensável ressaltar os seguintes elementos: 1) ele implica uma restrição a direitos de terceiro; 2) ele está voltado à realização de um interesse público para a concretização de direitos fundamentais reconhecidos pelo projeto constitucional vigente; e, 3) ele depende da prévia existência de um ato normativo que permita que o administrador atue no caso concreto.

Com esses referenciais, nesta pesquisa, considera-se como poder de polícia a atividade estatal que, por meio de ato normativo, impõe limitações ao exercício de determinados direitos por seus titulares, com o objetivo de resguardar o interesse público

e, assim, viabilizar a concretização de direitos fundamentais de terceiros eventualmente afetados por esse exercício, mediante sua implementação pela Administração Pública.

Os agentes do Estado atuam, ainda, de forma a intervir na atividade econômica, o que se dá a partir dos seguintes papéis: o fomento público, a regulação, e a exploração de atividade empresária.

O fomento é a atividade administrativa desenvolvida pelo Estado em favor de determinado setor econômico ou grupo social que, por um período determinado, recebe incentivo estatal para que possa, ao exercer seu papel no mercado, satisfazer o interesse público. É o que se observa, por exemplo, quando o art. 44 da Lei Complementar n. 123/2006 estabelece critério de desempate em favor das microempresas e empresas de pequeno porte nos processos licitatórios; ou ainda, nos incentivos fiscais concedidos a agentes privados que optem por produzir na Zona Franca de Manaus, conforme previsto no Decreto-Lei n. 288/1967 e na Lei n. 14.788/2023.

Comparando o fomento público com o poder de polícia, é possível vislumbrar que se trata de situações diametralmente opostas: se, no poder de polícia, o Estado impõe restrições ao exercício de determinados direitos com vistas à proteção do interesse público, no fomento o que se observa é a criação de um ambiente favorável à atuação do agente privado no mercado, por meio da instituição de mecanismos que facilitem o exercício de suas atividades. Enquanto no poder de polícia o Estado restringe, no fomento ele favorece o livre exercício de um direito.

Essa modalidade de atividade administrativa distingue-se das demais, em especial, do serviço público, por ser marcada pela transitoriedade. Ou seja, diante de uma circunstância específica que mobiliza a atuação da Administração Pública, são estabelecidos incentivos em favor de determinado grupo ou setor econômico que, uma vez superada tal situação, implicarão o esvaziamento da facilitação outrora assegurada pelo Estado.

Ainda no que diz respeito à necessidade de o poder público interferir na dinâmica das relações econômicas com o intuito de estabelecer um aparato protetivo suficiente para que o mercado possa desenvolver-se de maneira otimizada, a regulação assume papel-chave nessa tarefa.

No que se refere à atividade regulatória, é evidente sua relação com a visão contemporânea de Estado que abraça os ideais típicos de um modelo neoliberal, notadamente a compreensão de que o Estado Social gerou uma hipertrofia da estrutura

orgânica e, por consequência, um aumento de custos com elevado peso para os particulares, os quais, de maneira crescente, acabam sendo alvo de novas obrigações tributárias. A partir da regulação, o Estado atua apenas de forma indireta na ordem econômica, o que permite, ao menos em tese, a redução de seus custos.

Apesar de se tratar de um termo polissêmico, como bem aponta Oliveira (2022, p. 635), a regulação é a atividade administrativa de edição, implementação e fiscalização do cumprimento das normas estabelecidas pelo poder público, as quais incidem sobre a exploração de determinada atividade econômica por agentes econômicos privados, com o objetivo de reduzir as externalidades verificadas no mercado que, caso ocorram, prejudicam o interesse público.

A atividade regulatória do Estado está prevista no art. 174 da Constituição Federal da República de 1988, inserida no tratamento dispensado pelo legislador constituinte à Ordem Econômica por ele idealizada. Contudo, quando se considera o objetivo dessa modalidade específica de atuação do poder público, é indiscutível o seu diálogo com a determinação de proteção aos consumidores, veiculada como direito fundamental no art. 5º, inciso XXXII, e como princípio setorial no art. 170, inciso V, ambos da Constituição Cidadã. É evidente que o interesse público na proteção do adequado funcionamento dos mercados reside na salvaguarda do direito fundamental de inserir-se em um ambiente de livre concorrência, livre das externalidades que nele possam surgir.

Como sinaliza Salomão Filho (2008, p. 21), a regulação é uma atividade administrativa que demanda, diferentemente do que ocorre com o poder de polícia, uma postura ativa ao estabelecer os comportamentos que deverão ser adotados pelos agentes econômicos na exploração do mercado. Não se limita, como ressalta, ao simples exercício de uma atividade de fiscalização que, uma vez constatada a violação das normas estabelecidas, culminará com a aplicação de uma sanção, mas representa um efetivo direcionamento acerca da maneira como o agente econômico deverá se comportar para não causar violação ao interesse público.

Por fim, a última forma de manifestação é a atuação direta do Estado na exploração de atividade econômica, que, dentre todas, é a que se observa com menor frequência, dada a explícita opção constitucional, ao conformar a Ordem Econômica e Social, por restringir o viés mercantilista do Estado. Para a compreensão desse papel estatal, é essencial a análise do art. 173, caput, da Constituição Federal da República de 1988, que é expreso ao dispor que: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade

econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

Dessa maneira, naquelas hipóteses em que a exploração de atividade econômica se mostrar crucial para a preservação da segurança nacional ou quando estiver evidenciado relevante interesse coletivo, caberá ao Estado atuar como um autêntico capitalista.

Chagas (2021, p. 39-40) traz importantes reflexões em torno do questionamento acerca da natureza da atuação do poder público na exploração direta de atividade econômica. Para ele – com o que se concorda – uma vez presente a situação constitucional que autoriza tal comportamento, excepcional em uma ordem jurídica que, no plano econômico, se alinha aos paradigmas liberais, incumbirá ao administrador avaliar a conveniência e a oportunidade de estruturar os meios necessários para que o Estado possa, de forma adequada, atuar no mercado nos mesmos moldes de um agente privado.

O art. 173 da Constituição Federal da República de 1988, assim, estabelece duas hipóteses em que a Administração Pública poderá avaliar a pertinência de intervir diretamente na economia²⁸: 1) o imperativo da segurança nacional consubstancia a constatação de que determinadas atividades, que podem ter uma relevante função econômica, não devem ser exploradas em regime de livre iniciativa, como é o caso, por exemplo, da Indústria de Material Bélico do Brasil, criada para desenvolver os produtos recomendados pelo Comandante do Exército; e, 2) o interesse coletivo, considerado como o conjunto de interesses dos indivíduos, diferentemente daquilo que se diz acerca do interesse público.

É importante dizer, a partir do momento em que se considera a intervenção direta do Estado na atividade econômica como uma situação absolutamente excepcional, que a opção do art. 173, *caput*, da Constituição Federal da República de 1988, em utilizar-se de hipóteses com conceitos excessivamente vagos e imprecisos, talvez não tenha sido a melhor forma de criar uma ambiência de segurança jurídica e de liberdade para os agentes

²⁸ Há uma clara dissonância entre os administrativistas no que tange à existência de discricionariedade na atuação direta da Administração Pública na exploração de atividade econômica, uma vez evidenciada situação de relevância para a segurança nacional ou para o atendimento de relevante interesse coletivo. Para alguns, como Silva (2020, p. 817-818), a partir do momento em que se façam presentes as hipóteses descritas pelo legislador constituinte, não haveria qualquer margem de liberdade para o administrador, devendo, de forma impositiva, o Estado atuar na ordem econômica. Outros, como é o caso de Chagas (2021, p. 46) e Saddy (2015, p. 134), com argumentação que se afigura mais adequada, sustentam que o desenho constitucional para a atuação estatal na economia exige a complementariedade de um juízo discricionário por parte do administrador, o qual deve considerar recomendável, ou não, tal intervenção, possuindo, assim, liberdade para decidir, no caso concreto, quanto à atuação direta na ordem econômica.

econômicos privados em assumirem o protagonismo na exploração de determinados mercados.

Trazidos estes pontos, também compreende uma atividade administrativa a atuação direta do Estado na exploração mercantilista quando, por uma exigência de segurança nacional ou por um interesse coletivo, o administrador entender ser adequada.

1.3.4 A delimitação clara do objeto em estudo: o procedimento administrativo como foco de responsabilidade estatal

Neste cenário, em que o Estado desempenha uma série de atividades com naturezas distintas, apesar da sua inseparável relação com a realização de um interesse da coletividade, é necessário delimitar de forma precisa qual delas será o objeto de verificação quanto à possibilidade de aplicação da teoria do desvio produtivo como fato gerador da obrigação de indenizar ao particular.

Como apontado ao longo do capítulo introdutório da tese, o foco da pesquisa é investigar a possibilidade de imposição ao Estado de um dever reparatório em favor dos particulares, em razão do exercício disfuncional das atividades-meio. Embora tais atividades não possam ser consideradas direitos propriamente ditos, aptos, por si sós, a ensejar coerção judicial, possuem inquestionável capacidade de impactar a prestação dos serviços públicos.

Mais do que isso, quando essas atividades envolverem a participação estimulada dos particulares, que, confiantes em uma expectativa legítima de benefício ao seu desfecho, empregam seus recursos produtivos escassos, a atuação administrativa disfuncional pode frustrar a finalidade esperada e deslocar indevidamente os custos dessa ineficiência para a esfera privada.

Em outras palavras, prejuízos experimentados em procedimentos administrativos que são desencadeados internamente à Administração Pública para que ela possa, a partir dos seus órgãos, executar as atividades-fim voltadas a satisfação de um interesse público.

Um procedimento, notadamente quando envolve o poder público e os particulares, assume, na contemporaneidade, uma função muito mais relevante para o Estado Democrático de Direito do que a simples representação de um conjunto ordenado de atos produzidos pelos interessados e dirigidos a uma autoridade, por eles reconhecida, para a produção de um ato decisório a partir do emprego de métodos racionais.

É verdade que o procedimento pode ser encarado como um instrumento, na medida em que seu escopo não é outro senão viabilizar que, ao final, a melhor decisão para o caso possa ser tomada pelo agente competente para tanto. A apresentação de uma manifestação ou a produção de um elemento hábil à formação da convicção do agente decisor não é um fim em si mesma e, por esse motivo, não se destina à demonstração, por parte do subscritor, de sua erudição jurídica a partir do desenvolvimento de teses que não estejam diretamente relacionadas à solução efetiva da questão posta — sendo a academia a arena ideal para isso. A rigidez formal, da mesma maneira, deve ser analisada de forma moderada²⁹, desde que atendida a finalidade a que o ato se propõe.

Em outras palavras, é precisamente por ser um instrumento juridicamente estruturado que o procedimento adquire natureza garantidora — função que se densifica nos casos em que a inobservância de seus ritos acarreta lesão a direitos subjetivos e gera, como se sustentará nesta tese, responsabilidade indenizatória por parte do Estado.

Por outro lado, quando se tem em vista que a decisão será tomada com base naquilo que cada um dos participantes do processo — interessados e auxiliares do decisor — produzirá, seja quanto às suas alegações jurídicas, exposições fáticas ou provas colhidas, é impossível deixar de reconhecer a relevância que ele assume em si mesmo. A observância de um procedimento, como pressuposto do exercício de um poder legítimo, assume uma importância que transcende a mera instrumentalidade, para consubstanciar-se em verdadeira garantia, nos termos do devido processo legal, inserido no plano constitucional pelo art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal da República de 1988.

O processo e o procedimento³⁰ devem ser concebidos como autênticas garantias, haja vista que, por meio deles, podem ser concretizadas as normas constitucionais que

²⁹ É perceptível o movimento, tanto na doutrina quanto nos tribunais e na legislação, no sentido de flexibilizar o formalismo até então exigido na prática dos atos que compõem o procedimento. Torres (2024, p. 107) aborda, em sua obra, o princípio do formalismo moderado que, mesmo sem reconhecimento explícito na Lei n. 14.133/2021, aplica-se ao procedimento licitatório para impedir que atos eivados de defeitos de menor relevância — que não tenham o condão de comprometer a isonomia e o caráter competitivo do certame — resultem na decretação de sua nulidade. O Tribunal de Contas da União, no Acórdão n. 3.340/2015, registra que “é pacífico o entendimento de que falhas sanáveis, meramente formais, identificadas nas propostas, não devem levar necessariamente à inabilitação, cabendo à comissão julgadora promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame”. Na legislação, essa preocupação com o formalismo moderado manifesta-se, dentre outros dispositivos, no art. 147 da Lei n. 14.133/2021, o qual implementa a lógica do consequencialismo na avaliação das nulidades dos contratos administrativos, a partir da compreensão de que, em determinados casos, o reconhecimento de um vício processual pode acarretar prejuízos ainda maiores ao interesse público.

³⁰ A distinção entre processo e procedimento é das mais antigas entre os processualistas, como bem destaca Fux (2016, p. 203-204), tendo-se iniciado com uma indesejável confusão conceitual. O processo, atualmente, é compreendido como uma relação jurídica marcada pelo contraditório e que culmina com a emissão de uma decisão por autoridade competente. O procedimento, por sua vez, é considerado como a sequência ordenada

buscam proteger os particulares e, ao mesmo tempo, viabilizar o controle sobre a forma com que os agentes públicos atuam no exercício de um poder que, em um Estado como o nosso, repousa no povo. Apenas no processo, mediante a observância das regras procedimentais, será possível ao particular, por exemplo, participar da construção da melhor decisão para enfrentar uma situação posta diante da Administração Pública a partir de um diálogo material.

Apesar de a alusão recair sobre o processo civil, Gaio Júnior (2024, p. 42) esboça uma opinião que deve ser compreendida como extensível aos processos administrativos de forma geral, sendo enfático ao afirmar que: “é ele instrumento social e democrático eivado de direitos e garantias imperativas que devem ser respeitadas em sintonia com o estado democrático que se presencia em dado tempo e espaço”. Nesta mesma direção, Taruffo (2016, p. 160) situa o processo como um “lugar” que, segundo ele, concretiza valores, assegura garantias, reconhece direitos e interesses, além de viabilizar escolhas econômicas e transformações sociais, tudo a partir de uma manifestação do Estado que, nesse contexto, ainda pode ser controlada sob o ponto de vista epistemológico.

A processualização da Administração Pública tem conduzido ao cenário em que as decisões tomadas pelos gestores para a realização do interesse público estejam necessariamente pautadas em um processo. As decisões que assumem maior relevo para o poder público — como, por exemplo, a contratação de serviços e bens — demandam, inclusive por imposição constitucional veiculada no art. 37, XXI, da Constituição Federal da República de 1988, a realização de um processo administrativo antecedente.

Bacelar Filho e Martins (2019, p. 449) posicionam o processo administrativo como um estágio necessário para o desempenho das finalidades do Estado, constituindo uma autêntica exteriorização da função administrativa. A processualização da Administração Pública acarreta o surgimento de uma nova atividade administrativa.

Ao passo em que se exige do Estado um elevado número de prestações, marcadas por uma complexidade que se desenvolve em lógica de progressão geométrica, é natural que um número cada vez maior de procedimentos administrativos se revele indispensável para que tais prestações possam ser efetivamente levadas a cabo. A procedimentalização torna-se, nesse sentido, uma relevante função administrativa.

de atos que devem ser praticados por aqueles que atuam, direta ou indiretamente, naquela relação. Em outras palavras, o procedimento representa a forma; o processo, o conteúdo.

Esses procedimentos, em sua maioria, desde o momento em que são instaurados até o esgotamento de seus efeitos, permanecem circunscritos aos limites do próprio órgão, o que significa dizer que seus efeitos são experimentados pelos particulares apenas de forma indireta.

Há dois casos que conferem a exata dimensão de como o poder público, no exercício de suas atividades-meio, pode levar os particulares a empregarem antecipadamente seus recursos produtivos, deslocando-os de outras atividades relevantes para o projeto existencial dos indivíduos.

O primeiro deles é o processo de contratação pública, em que o poder público, ao publicizar um edital, dá conhecimento aos agentes econômicos do mercado de que, observadas determinadas condições, pretende contratar serviços, produtos ou obras considerados indispensáveis ao desempenho de sua atividade-fim. O edital, nesse contexto, não representa uma simples manifestação informal de interesse, mas o ato convocatório por meio do qual a Administração Pública estrutura uma relação procedimental juridicamente regulada, estimulando a participação de particulares que, confiantes na seriedade institucional do certame, passam a mobilizar seus recursos produtivos.

Ao tomar conhecimento dessa pretensão estatal, é natural que os agentes econômicos privados sejam estimulados a investir seus recursos produtivos para que possam desempenhar, naquele procedimento, um papel que lhes assegure as condições necessárias para que sua proposta seja considerada a melhor dentre as apresentadas. Para tanto, o particular mobiliza recursos financeiros com a contratação de serviços de assessoria especializada, desloca seus recursos humanos para a compreensão dos termos da disputa e para a elaboração da proposta, além de ocupar-se da própria sessão de abertura das propostas. O tempo é investido em um procedimento em detrimento de diversas outras atividades.

Ao agir dessa maneira, investe seu esforço produtivo em um procedimento com a perspectiva de que, ao final, se sua proposta for considerada vencedora e ele vier a ser habilitado, tenha o objeto adjudicado em seu favor para a pronta execução e, com isso, obtenha a justa remuneração previamente ajustada. A extinção anômala desse procedimento gera ao particular potencial prejuízo juridicamente relevante, uma vez que, para participar de um procedimento que se revelou infrutífero por causa imputável à própria Administração Pública, concentrou ali seus esforços, deixou de disputar outras

oportunidades econômicas e mobilizou seu tempo que poderia ter sido direcionado a finalidades produtivas diversas.

Não se trata, portanto, de indenizar a simples frustração de uma expectativa negocial, mas de examinar se, no caso concreto, a atuação administrativa disfuncional deslocou indevidamente para a esfera privada os custos de uma desorganização estatal que consumiu, de modo inútil, recursos produtivos escassos.

O outro caso que reflete bem essa situação é o procedimento de concurso público para provimento dos cargos vagos existentes no serviço público, objeto do desejo de muitas pessoas que investem recursos e tempo de vida para se dedicarem aos estudos e tentarem, com muito esforço, obter aprovação no certame. Imagine-se a situação em que a pessoa é aprovada e, ultimado o prazo estabelecido no edital, o prazo de validade do concurso é atingido, sem que aqueles que foram aprovados sejam nomeados e empossados, pelo fato de a Administração Pública entender que não seria conveniente e oportuno realizar aquelas contratações naquele momento específico.

O exemplo do concurso público também permite visualizar a mesma lógica, ainda que em campo submetido a pressupostos jurídicos próprios. A depender da posição ocupada pelo candidato, da existência de vagas, da conduta administrativa e do grau de confiança legitimamente constituído, a não nomeação pode representar não apenas a frustração de uma expectativa subjetiva, mas a inutilização de um investimento existencial realizado em razão de uma convocação institucional feita pelo próprio Estado.

Para o particular, é questão de somenos importância a forma como se desenvolveu o procedimento administrativo, importando-lhe, tão-somente, que o serviço que lhe deveria ser prestado pela Administração Pública se mostre adequado a atender aos seus anseios. É nesse sentido que se afirma que o seu interesse é apenas reflexo e que os efeitos do procedimento são por ele sentidos de forma meramente indireta.

Percebe-se que esse conjunto de procedimentos destinados a viabilizar a prestação das atividades-fim representa uma importante faceta da atividade administrativa e, como tal, é apto a ensejar prejuízos aos particulares, notadamente àqueles que, de algum modo, atuam diretamente naquela relação. Por essa razão, torna-se indispensável avaliar sua compatibilidade com as teorias inovadoras sobre a responsabilidade civil, dentre as quais se destaca a teoria do desvio produtivo.

Dessa maneira, o objeto de investigação da presente pesquisa, dentre as diversas formas de atuação estatal, é a atividade administrativa desenvolvida nos processos levados

a cabo no âmbito dos seus órgãos, destinada a viabilizar a execução das múltiplas atividades-fim em prol da satisfação do interesse público.

2 A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO: SURGIMENTO E AMPLIAÇÃO

2.1 A REFORMULAÇÃO DA PERSPECTIVA DO DANO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: PREMISSAS ESSENCIAIS PARA ENTENDER A NECESSIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PELO DESVIO PRODUTIVO

A responsabilidade civil, pode-se dizer, é um daqueles temas que importam à unanimidade das experiências jurídicas, seja a abordagem para esta afirmação feita a partir de uma perspectiva histórica ou geográfica. A imposição da obrigação reparatória ao responsável pelo fato que tenha provocado um dano a terceiro está presente nos ordenamentos jurídicos com marcadores prevaletentes tanto da *civil law* quanto da *common law*, e, desde os mais antigos registros até os dias contemporâneos. É difícil imaginar, ainda que a partir de uma mera especulação prospectiva que, em algum momento, um sistema jurídico possa entender adequado abolir uma regra geral que estabeleça o dever de recompor os danos provocados de maneira injusta a um terceiro.

Isso não implica dizer que as bases do instituto que se revelam em nossos dias sejam as mesmas que se apresentavam, por exemplo, no Direito Romano, e, neste sentido, Pereira (2001, p. 2-4) traz uma importante análise histórica que permite compreender como a ideia de responsabilidade civil se altera *pari passu* a sociedade em que ela está inserida. Em que pese se refira a contribuição mesopotâmica³¹ e afirme, de maneira peremptória, que o Direito Romano não teve a preocupação de sistematizar teoricamente o instituto, o autor nos ensina que, inicialmente, a responsabilidade civil era tratada sob a perspectiva do dano, enquanto o elemento anímico assumiu o seu protagonismo apenas com o advento da *Lex Aquilia*³², já no período da República, o que aponta para uma metamorfose relevante do instituto.

Nos tempos atuais é riquíssima a produção de diversos autores que, sob múltiplas perspectivas, desafiam a uma releitura de algumas bases que já estavam consolidadas na dogmática jurídica. Algumas dessas premissas são essenciais para a compreensão da reparação pelo desvio produtivo do particular causado pela Administração Pública, não

³¹ É importante delinear aquilo ao que o autor se refere quando destaca a contribuição das sociedades mesopotâmicas: “Vem do ordenamento mesopotâmico, como do Código de Hamurabi, a idéia de punir o dano, instituindo contra o causador um sofrimento igual; não destoa o Código de Manu, nem difere essencialmente o antigo direito Hebreu.” (Pereira, 2001, p. 1)

³² Deve ser registrada a controvérsia doutrinária quanto a afirmação de que a Lei Aquilia inseriu o elemento anímico na responsabilidade civil e que é mapeada por Dias (1983, p.19-23): autores como Marcel Planiol e Filippo Serafini se situam entre aqueles que a ideia de culpa é essencial para a obrigação de indenizar na *Lex Aquilia*, enquanto Emilio Betti e Pietro Dei Francisci sustentam que o conceito de culpa é estranho à ela.

apenas quando atua na prestação direta de serviços públicos, mas também quando, no exercício de atividades administrativas em sentido estrito, impõe ao administrado a mobilização infrutífera de seu tempo e de seus recursos produtivos.

O que se propõe a trabalhar, nas próximas linhas, é um conjunto de premissas que devem ser consideradas para a delimitação do que se considera como dano apto a ensejar o dever de indenizar nos dias atuais.

2.1.1 O surgimento e a potencialização de riscos na sociedade atual

O primeiro ponto que deve ser abordado são as implicações que a sociedade atual, com todas as suas vicissitudes, acarreta para a compreensão da responsabilidade civil, notadamente, quanto a possibilidade de que danos até então não imaginado possam, na hipótese concreta, ser objeto de reparação.

A tragédia ocorrida em 26 de junho de 1986, na Usina V. I. Lenin, localizada na cidade de Pripyat, conhecida como o acidente de Chernobyl, pode ser considerada como um dos eventos mais relevantes para a geopolítica mundial do último quarto do Século XX, isso porque ela compôs o cenário que propiciou a dissolução da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, o polo oriental da Guerra Fria. Os impactos econômicos do evento somente não foram mais expressivos do que os seus desdobramentos no que toca à compreensão de que as atividades humanas assumiram, com a evolução tecnológica, o potencial para colocar em xeque a preservação da existência humana em nível global, a partir da apresentação de riscos até então desconhecidos ou, pior do que isso, rejeitados pela ciência em prol da possibilidade da produção de riquezas. Até aquele momento, não era possível imaginar, com um mínimo de concretude, um evento apto a extinguir a vida humana em escala planetária provocado pela própria humanidade.

É neste contexto traumático do acidente nuclear que o sociólogo alemão Ulrich Beck publica a obra “Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade”, que tem como argumento central os efeitos do reconhecimento do surgimento de novas externalidades no processo de modernização da sociedade. Segundo Beck (2011, p. 23):

Modernização significa o salto tecnológico de racionalização e a transformação do trabalho e da organização, englobando para além disto muito mais: a mudança dos caracteres sociais e das biografias padrão, dos estilos e formas de vida, das estruturas de poder e controle, das formas políticas de opressão e participação, das concepções de realidade e das normas cognitivas. O arado, a locomotiva a vapor e o microchip são, na concepção sociocientífica da modernização, indicadores visíveis de um processo de alcance muito mais profundo, que abrange e reconfigura toda a trama social, na qual se alteram, em última instância, as fontes da certeza das quais se nutre toda a vida.

Na contemporaneidade, diferentemente do que ocorria no período industrial, a questão do aperfeiçoamento da sociedade não passa pela insuficiência de riquezas para atender as necessidades dos indivíduos, tampouco a sua distribuição desigual entre os mesmos. Com os avanços científicos na agricultura foi possível incrementar a produção e a conservação em níveis capazes de suportar a demanda crescente por alimentos da humanidade. A melhoria nas técnicas de engenharia, tornou possível materializar aquilo que Tostes (2023, p. 191) chama de acesso ao mínimo vital de água, a partir da capilarização das redes de esgoto e de distribuição de água tratada, principalmente nos grandes centros urbanos. As novas tecnologias permitiram o maior acesso à informação e a facilitação – ao menos em tese – da difusão do conhecimento, mas, ao mesmo tempo nos lançou em uma sociedade em que os riscos de danos estão difusos.

Da mesma forma, o advento do Estado Social, que impõe ao poder público a prestação de uma série de serviços necessários para satisfazer o mínimo existencial, também contribuiu para a construção da contemporaneidade. A afirmação de que o Estado é devedor de uma série de prestações em relação aos indivíduos, de tal forma que seja garantido a todos o acesso aos elementos mínimos para uma existência digna, contribuiu para que a escassez também fosse superada: o direito à educação formal, às políticas de saúde pública são bons exemplos disso.

A modernização, pontua Beck (2011, p. 23), é reflexiva, na medida em que, ao mesmo tempo em que os avanços tecnológicos propiciam uma potencialização das capacidades humanas para a produção de bens capazes de atender com maior eficiência as necessidades das pessoas, ela provoca uma série de fatores de risco que precisam ser considerados e minorados, haja vista que, se assim não for, as externalidades negativas podem ser sentidas por todos e não apenas por aqueles que, de alguma maneira, se beneficiam da atividade produtiva. Na sociedade moderna, os riscos causados pela atividade humana tecnológica se tornam a pauta do momento.

Na sociedade de risco novos danos surgem e outros que já eram conhecidos acabam sofrendo um processo de transformação, de tal maneira que os indivíduos acabam ficando suscetíveis a experimentar prejuízos. É neste ponto que o seu pensamento assume relevância para o desenvolvimento da presente tese no contexto da responsabilidade civil do Estado.

Como já foi colocado, uma das características da sociedade contemporânea é o seu arranjo em um Estado Social que, por sua natureza, exige da Administração Pública a

prestação de serviços aos particulares, que legitimam a sua própria existência. Para que esses serviços possam ser prestados é necessário o desempenho de uma série de atividades-meio, como por exemplo, o processo de aquisições públicas de bens e serviços e a contratação de novos servidores a partir da aprovação em um concurso público.

É precisamente nesse espaço intermediário, situado entre a definição abstrata das finalidades estatais e a entrega concreta das prestações públicas, que se localiza o objeto central desta pesquisa. O que se pretende demonstrar é que as atividades administrativas em sentido estrito, embora frequentemente concebidas como meramente instrumentais, também podem impor aos particulares a mobilização antecipada de tempo, energia, atenção e recursos produtivos. Quando essa mobilização se torna infrutífera em razão de uma atuação disfuncional imputável à Administração Pública, não se está diante de um simples inconveniente burocrático, mas de uma possível hipótese de desvio produtivo juridicamente relevante.

A partir do momento em que a ordem jurídica passa a estabelecer uma quantidade cada vez mais diversa de prestações, funções e deveres institucionais a cargo do Estado, surge, em proporção direta, a necessidade de que diversas relações específicas sejam estabelecidas pelo poder público com particulares que, ao tomarem conhecimento da pretensão administrativa, passam a mobilizar seus recursos em razão da expectativa de obtenção de uma utilidade juridicamente relevante.

É necessário pensar que a sociedade contemporânea sujeita o Estado e os particulares a situações de risco quanto a potenciais de danos que, em um outro cenário, não seriam concebidos. É insuficiente proporcionar aos particulares que estabelecem relações especiais – ainda que em um momento pré-contratual – com o Estado uma proteção pautada pelos paradigmas típicos de um Estado Liberal, que firmava, por conta disso, contratos pontuais ante a sua limitadíssima atuação na prestação de serviços públicos.

A compreensão daquilo que se considera como um fato danoso apto a ensejar a reparação do particular pelo Estado não pode ignorar que as relações que se estabelecem entre eles estão inseridas em uma sociedade de risco que tem como um dos seus eixos centrais de aperfeiçoamento a correta distribuição dos ônus.

Retomando os dois exemplos anteriormente trabalhados, relativos às contratações públicas de produtos, serviços e obras e aos concursos públicos para o preenchimento dos cargos vagos na estrutura administrativa, evidencia-se a preocupação com a segurança daqueles que decidem participar desses certames. Essa preocupação se justifica porque o

interesse dos particulares em aderir a tais procedimentos é essencial para que a Administração Pública tenha condições de desempenhar o seu papel, na medida em que, sem insumos ou agentes públicos, não haverá como entregar qualquer prestação aos destinatários da atuação estatal.

Nesse sentido, é necessário que as pessoas encontrem um ambiente institucional seguro para participar desses procedimentos e mobilizar, antecipadamente, seus recursos produtivos escassos em detrimento de outras atividades igualmente relevantes para o seu projeto existencial. Essa proteção se constrói, naturalmente, a partir da afirmação de que os particulares não podem permanecer à margem de tutela jurídica contra guinadas administrativas capazes de frustrar, de modo injustificado, a confiança legitimamente depositada na atuação do poder público.

Resguardar o esforço produtivo dos particulares que se interessam em participar de processos administrativos voltados à constituição de vínculos juridicamente relevantes com o Estado é essencial para todos os envolvidos na relação: o particular passa a ter a confiança de que a mobilização de seus recursos humanos, financeiros e existenciais não será inútil, enquanto o Estado, com a criação de um ambiente institucional marcado pela segurança jurídica, beneficia-se da maior adesão de agentes privados qualificados aos procedimentos que viabilizam o desempenho das atividades voltadas à satisfação do interesse público.

Na análise da teoria do desvio produtivo é indispensável que seja considerada a premissa de que a sociedade de risco acarreta uma alteração no conceito de dano, notadamente, para a ampliação a determinados casos que não eram (re)conhecidos.

2.1.2 A constitucionalização dos Direitos³³

Nenhum instituto jurídico pode, como já se disse, ser analisado de forma apartada da realidade social em que ele se insere, sob pena de não refletir qualquer normatividade, contudo, por se tratar de um campo científico com as suas bases de conhecimento próprias e o seu método peculiar, deve ser analisado também nessa camada. É indispensável pensar os institutos como integrantes de um sistema complexo e interligado em uma espécie de *patchwork*, cujas partes distintas uma vez conectadas formarão, ao final, um todo harmônico.

³³ A expressão “Direitos” é empregada neste subtítulo da tese como os diversos setores da ciência jurídica dotados de autonomia científica, mas, todos ligados em uma espécie de monólito, razão pela qual foi utilizada com a letra inicial maiúscula.

Quando se pensa em responsabilidade civil, e, principalmente, no tratamento que o Direito deve dispensar ao dano passível de reparação, é imprescindível considerar que, na pós-modernidade, as normas constitucionais assumem uma posição de elevado destaque, pois, como se verá, elas não se prestam, tão-somente, a estabelecer os limites formais e materiais que deverão ser observados pelos poderes constituídos, mas, seus valores espalham-se sobre todas as normas que compõem a complexa tessitura de qualquer ordenamento jurídico democrático.

Falar em supremacia formal e material das normas constitucionais não é algo que possa ser considerado como inovador. Muito ao contrário. Ao menos desde o Artigo Federalista LXXVIII³⁴, escrito por Alexander Hamilton em 1788, e do emblemático caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803, a superioridade hierárquica das normas que compõem o texto constitucional jamais foi questionada, nem mesmo em estados de exceção. Todos os atos, principalmente aqueles praticados pelo poder público, devem estar em conformidade com as normas constitucionais, não apenas em seu viés procedimental, mas, sobretudo, com observância dos limites materiais nela estabelecidos.

Como um produto do desenvolvimento do movimento neoconstitucionalista³⁵, que tem entre as suas características, na esteira da lição de Sarmento (2009, p. 118), o reconhecimento da força normativa da constituição, sobretudo dos princípios que estão nela encartados, tem-se que eles devem ser utilizados para a realização do trabalho de filtragem constitucional, inclusive, sob o ponto de vista exegetico. Todo o ordenamento jurídico deve ser compreendido com vistas a corresponder aos valores expressos nas normas constitucionais, e, dessa forma, a interpretação de todos os institutos jurídicos e dispositivos legais deve estar pautada pela conformidade com elas.

O professor italiano da Universidade de Nápoles, Pietro Perlingieri, tem como um dos seus principais trabalhos, uma obra em que enfrenta a urgência de que o Direito Civil seja compreendido a partir da ótica constitucional. Partindo da premissa de que o direito

³⁴ É importante deixar claro, por rigor científico, que a teoria da supremacia das normas constitucionais não é tratada como um princípio específico de interpretação e, sobretudo, de solução de conflito aparente de normas, apenas no Artigo Federalista LXXVIII, conjunto de ensaios subscritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, cujo objetivo era conscientizar a população norte-americana quanto à importância da criação de um Estado de modelo federativo, bem como, viabilizar que a Constituição que foi fruto da Convenção da Filadélfia, de 1787, fosse ratificada, ao menos, por nove estados.

³⁵ Este movimento, no caminho apresentado por Sarmento (2009, p. 116) surge após a II Guerra Mundial com o escopo de evitar que as maiorias eventuais, a partir de um paradigma legicêntrico, pudessem violar direitos essenciais de grupos em situação de vulnerabilidade, o que, com a atribuição da força normativa da constituição, fruto da manifestação do poder constituinte, acabava mais protegido.

privado sempre foi visto sob um ponto de vista monocular, baseado na necessidade de que os seus institutos atendam aos anseios do indivíduo-proprietário-credor, considera essencial inseri-los em uma lógica solidária-fraterna veiculada, em geral, nas Constituições da atualidade, em que a Constituição Federal da República de 1988 é um bom exemplo.

Em um dos pontos de maior destaque do livro, Perlingieri (1999, p. 9-10) sustenta que as normas constitucionais não devem ser levadas em consideração, apenas, como limites aos atos praticados pelo poder público e pelos particulares em suas relações jurídicas, mas, com a mesma intensidade, deve servir como um referencial interpretativo, inclusive, para estabelecer novos padrões de comportamento. A norma constitucional, segundo ele, assume uma função que pode ser equiparada a de uma bússola: a partir do seu conteúdo caberá ao ator social, seja ele um agente público ou um particular, guiar as suas condutas para que elas estejam na mesma direção daquilo que estabelece a lei fundamental daquela sociedade.

Isso é o que Perlingieri (1999, p. 12) chama de norma constitucional como norma de comportamento: “a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.” Utilizando um exemplo extraído do direito privado, espaço do conhecimento jurídico cujo ajuste aos parâmetros constitucionais mais o preocupava, é possível dizer que a propriedade, concebida como um direito essencialmente privado e cujo conteúdo estava voltado exclusivamente à satisfação dos interesses do seu titular, a partir do momento em que o art. 5º, XXIII, da Constituição Federal da República de 1988 afirma que “a propriedade atenderá a sua função social”, caberá ao proprietário atuar para a concretização desse importante comando constitucional.

Não apenas os institutos jurídicos devem ser compreendidos à luz das normas constitucionais que possuem, ao mesmo tempo, aplicação direta e indireta aos casos concretos, no primeiro caso servindo como a base de apoio para a solução de uma situação de crise jurídica e no segundo caso como um parâmetro de interpretação de todos os atos normativos que devem obediência formal e material ao seu conteúdo, mas, sobretudo, como um parâmetro que deverá orientar o comportamento dos sujeitos nas relações intersubjetivas e, até mesmo, a própria dinâmica dos institutos jurídicos.

Esse movimento de constitucionalização dos direitos revela-se com ainda maior intensidade nos campos do conhecimento jurídico que, seguindo a *summa divisio*, situam-

se no domínio do direito público, como ocorre com o Direito Administrativo. Isso porque, em seus temas, há, em geral, um tratamento mais detido veiculado pela própria norma constitucional.

É essencial, portanto, que o Direito Administrativo, incluindo suas normas e seus institutos, receba a influência das normas constitucionais e dos valores nelas veiculados, com especial ênfase nos direitos fundamentais.

Em um contexto no qual os institutos de Direito Administrativo devem ser analisados com base no projeto constitucional vigente os elementos que compõem a responsabilidade civil do Estado precisam ser revisitados, em especial, a compreensão de que o intuito do ordenamento jurídico é proteger os particulares quanto aos danos que possa experimentar em virtude da Administração Pública. O conceito de dano e a necessidade da sua plena reparação devem ser compreendidos com base no que estabelecem as normas constitucionais.

A reparação do particular que sofre um dano – de qualquer natureza – por conta de uma conduta imputada à Administração Pública deve ser plena e, não é exagerado dizer, na Constituição Federal da República de 1988 assume a verdadeira natureza de um valor. É evidente a preocupação do legislador constituinte ao estabelecer no corpo do texto diversas regras com o intuito de facilitar a proteção do particular em relação às condutas potencialmente danosas do Estado.

Para chegar a essa conclusão, basta observar que o art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal da República de 1988 consagra, como regra geral, a teoria do risco administrativo, ao estabelecer que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Trata-se de modalidade objetiva de responsabilização, na qual não se exige a demonstração de culpa em sentido lato do agente público, o que facilita, sobremaneira, a reparação dos particulares atingidos pela atuação estatal.

Há, contudo, situações excepcionais em que o ordenamento jurídico adota um regime ainda mais severo de responsabilização, aproximando-se da teoria do risco integral. É o que se verifica, por exemplo, nos danos nucleares, hipótese em que o art. 21, XXIII, “d”, da Constituição Federal da República de 1988 estabelece que a responsabilidade civil por danos dessa natureza independe da existência de culpa. Também no campo ambiental, a Constituição Federal da República de 1988 impõe, em seu art. 225, § 3º, a obrigação de reparação dos danos causados ao meio ambiente, sem prejuízo das sanções penais e

administrativas cabíveis, regime que é densificado pela legislação infraconstitucional. Em perspectiva semelhante, a Lei n. 10.744/2003 prevê a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros em casos de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público. Este modelo de risco integral, para viabilizar a proteção do particular, afasta até mesmo a alegação defensiva do poder público de que não existe causalidade direta entre a conduta imputada ao agente e o dano provocado.

A responsabilidade civil do Estado a partir de uma leitura constitucional deve superar o paradigma da ilicitude e abarcar a ideia de uma eventual reparação do particular por conta de um dano injusto, isso porque a leitura constitucional nos permite inferir, sem muita dúvida, que a preocupação central é a proteção com os indivíduos e a solução de eventuais danos. Disso decorre que, ainda que a conduta da Administração Pública seja possível sob o prisma da legalidade e esteja de acordo com a proteção de um interesse público, caso ela seja apta a gerar prejuízo exacerbado a um terceiro, caberá a plena reparação.

2.1.3 Era das incertezas, cláusula geral de responsabilidade civil e erosão dos filtros de reparação

No livro que foi resultado do trabalho de pesquisa realizado para concorrer à Titularidade de Direito Civil, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Moraes (2003) oferece as suas reflexões acerca da possibilidade de impor a obrigação de reparar os danos morais experimentados pela vítima em virtude da conduta do agente. A obra tem como os seus principais desafios declarados delimitar aqueles casos em que um dano moral seria indenizável, e, ainda, quais os parâmetros que deveriam ser seguidos pelo juiz no momento em que estabelece o valor para uma reparação integral.

Duas partes da obra merecem um olhar mais detido na revisão bibliográfica feita para o enfrentamento da questão trabalhada na presente tese.

O segundo capítulo da obra, com o título “Dignidade humana e dano moral: duas faces de uma moeda”, é, sem qualquer exagero, conteúdo imprescindível para a adequada compreensão dos fundamentos que justificam a plena reparação dos danos extrapatrimoniais que seriam, segundo Moraes (2003, p. 64) a imersão do Direito Civil na era das incertezas e o reconhecimento de uma cláusula geral de tutela da pessoa extraída da

consagração jurídica do ideal filosófico da dignidade da pessoa como valor fundamental de um ordenamento jurídico democrático.

Buscando sintetizar o seu pensamento, a condução de um novo paradigma sobre a responsabilidade civil e, sobretudo, o reconhecimento da possibilidade de que danos antes inimagináveis possam ocorrer na sociedade contemporânea, Moraes (2003, p. 72) esclarece que:

em primeiro lugar, como foi ressaltado, o ‘mundo da segurança’ deu lugar a um mundo de inseguranças e incertezas que, aparentemente, perdurará; em segundo lugar, a ética da autonomia ou da liberdade foi substituída por uma ética da responsabilidade ou da solidariedade; enfim, e como consequência das duas assertivas anteriores, a tutela da liberdade (autonomia) do indivíduo foi substituída pela noção de proteção à dignidade da pessoa humana.

Ao tempo do surgimento das grandes codificações de Direito Civil, terreno em que se desenvolveu tradicionalmente toda a dogmática da responsabilidade civil, prevalecia a ideia de que a legislação conferia ao indivíduo a segurança e a liberdade que eram necessárias para realizar os seus projetos pessoais, incumbindo a ela a garantia dessa ambiência a partir da regulação que o legislador estabelecia para as diversas relações sociais. Ocorre que a evolução científica coloca em xeque esta concepção, com aquilo que Denninger (1996, p. 368) convencionou chamar de “explosão tecnológica”, compreendida como a percepção de que a ampliação dos limites do conhecimento conduz à novas incertezas e a legislação se torna incapaz de controlar os avanços da tecnologia e regular todas as situações que poderiam surgir.

A complexidade das relações sociais, fomentada pelos avanços científicos, torna ultrapassada a ideia de que a legislação teria a aptidão para regulamentar todos os fatos havidos na sociedade, o que inclui, naturalmente, os danos que podem ser experimentados.

Já a cláusula geral de proteção da pessoa, que é mencionada pela autora como um outro elemento circunstancial que contribui para a necessidade de uma releitura de tudo o que envolve a responsabilidade civil, decorre do reconhecimento de que as normas constitucionais assumem a função, no direito pós-moderno, de estabelecer os valores que representam a comunidade que submete à sua força normativa, sendo certo que, a afirmação dos direitos humanos estabelece a centralidade do indivíduo no bojo de qualquer relação jurídica. O seu reconhecimento se presta para ultrapassar a discussão que sempre existiu no que tange à taxatividade dos direitos da personalidade, de tal maneira que, atualmente, deve-se falar segundo Moraes (2009, p. 119-120) em uma “tutela especial e privilegiada a toda e qualquer pessoa humana, em suas relações patrimoniais”, e, prossegue dizendo que “nenhuma previsão especial pode ser exaustiva, porque deixaria de fora, necessariamente,

novas manifestações e exigências da pessoa, que, com o progredir da sociedade, passam a exigir uma consideração positiva”.

Um outro autor que oferece uma contribuição doutrinária igualmente relevante para a atual compreensão da responsabilidade civil no Direito Brasileiro é Anderson Schreiber que, em sua vasta produção acadêmica, dedicou um volume ao estudo aprofundado de temas que, segundo o título, representam os novos paradigmas do instituto. Neste livro, Schreiber (2013, p. 11) destaca que o sistema de responsabilidade civil sempre esteve apoiado, como regra, no tripé composto pela culpa, pelo dano e pelo nexo de causalidade, e, dessa maneira, podem ser considerados como filtros para a imposição da obrigação de indenizar a necessidade de que a vítima demonstre, além do prejuízo experimentado, a culpa daquele que pratica a conduta que gera o resultado indesejado pelo ordenamento jurídico, além do nexo de causalidade, sendo certo que, em sua visão, o momento atual é o da “erosão dos filtros tradicionais da reparação, isto é, de relativa perda de importância da prova da culpa e da prova do nexo causal como obstáculos ao ressarcimento dos danos na dinâmica das ações de ressarcimento”.

A responsabilidade civil da Administração Pública é um excelente exemplo de afastamento desses obstáculos em prol da plena reparação dos particulares pelos danos experimentados em razão de uma conduta do agente do Estado, haja vista que o modelo objetivo foi aquele que o art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal da República de 1988 abraçou ao inaugurar a atual ordem jurídica, e, dessa forma, desobrigou o debate em torno do elemento subjetivo na demanda havida por conta do fato lesivo, expressando manifesta preocupação com a plena reparação do particular.

O problema surgido com a valorização da culpa como o elemento apto a justificar a responsabilidade civil é a necessidade que ela acarreta de que a vítima comprove o elemento subjetivo no caso concreto para que se veja indenizada, o que, em muitos casos, é difícil ou impossível³⁶. Esse cenário se agrava ainda mais com o advento do capitalismo industrial e com a multiplicação de acidentes relacionados à utilização de novas tecnologias nas atividades econômicas. Schreiber (2013, p. 18) fala que “os acidentes trazidos pela

³⁶ Sobre a prova diabólica nas demandas voltadas à reparação dos prejuízos advindo de uma conduta e a mudança de contexto decorrente do capitalismo industrial, Schreiber (2013, p. 17) fala que “tonava-se verdadeiramente odiosa diante do seu desconhecimento sobre o mecanismo empregado, da sua condição de vulnerabilidade no momento do acidente e de outros tantos fatores que acabaram por assegurar à prova da culpa a alcunha de *probatio diabólica*”. É importante trazer essa nota para que não se estabeleça uma confusão em torno daquilo que, processualmente, costuma ser referido como prova diabólica ou prova de fato negativo, ou seja, a produção de elementos de convicção quanto a ocorrência de um fato negativo ou daquilo que não ocorreu.

Revolução Industrial eram, ao contrário do que sucedia nos séculos anteriores, inteiramente despersonalizados, anônimos, provocados muitas vezes por pequenas distrações ou falhas”, e, por essa razão, o debate em torno da culpa perde a razão de ser.

Retornando o olhar para a responsabilidade civil da Administração Pública, um ordenamento jurídico que assume a forma de um Estado Social e, portanto, acaba obrigado a prestar uma variada gama de serviços aos particulares, está mais suscetível a causar danos. Um Estado que se vê obrigado, por dispositivo constitucional expresse, a garantir o acesso universal à saúde para toda a população, é muito mais propenso a causar danos pelo emprego inadequado de uma técnica médica ou por um erro do servidor público, do que um outro que não tenha essa responsabilidade. É possível dizer que, em um Estado Social, a consagração da regra que estabelece a responsabilidade civil objetiva da Administração Pública é uma verdadeira necessidade para resguardar os particulares destinatários das atividades estatais.

A partir do reconhecimento de uma cláusula geral de proteção da dignidade da pessoa, nos mesmos moldes do que se dá em um sistema de responsabilidade civil de modelo aberto³⁷, Schreiber (2013, p. 91) fala que “a aplicação direta da norma constitucional de tutela da dignidade humana veio abrir caminho à proteção de outros interesses existenciais que, há muito, demandavam reparação”. Em outras palavras, o modelo tradicional de responsabilidade civil como era concebido na experiência jurídica brasileira, com a incidência do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal da República de 1988 dá lugar a outro que, voltado à uma espécie de proteção holística da existência da pessoa, admite que diversos interesses passem a ser passíveis de reparação sempre que uma conduta lhes causar mácula.

Dessa maneira, quando a personalidade assume juridicamente a natureza de um valor, imanente a ideia de dignidade da pessoa, passa a não admitir que ela seja interpretada como um rol de interesses previamente estabelecidos pela legislação, e com isso faz com que o dano assuma o viés de uma conduta, omissiva ou comissiva, que provoca um dano injusto à vítima que, por isso, deve ser plenamente indenizado.

³⁷ No que tange aos sistemas de responsabilidade civil, é comum a sua classificação em modelos abertos e fechados. Nos modelos fechados ou típicos o ordenamento estabelece, a partir de um rol taxativo, aqueles interesses que seriam passíveis de reparação em caso de um eventual dano. Já os modelos abertos ou atípicos são aqueles que não estabelecem uma restrição nestes moldes. Enquanto a Itália optou pela adoção de um modelo fechado, o art. 186 do Código Civil brasileiro opta, de forma clara, por um modelo aberto, de tal forma que qualquer interesse jurídico é passível de compensação em nosso país.

Assim, o dano passa a ser compreendido como um efeito injusto experimentado pela pessoa em virtude da conduta de outrem, fazendo com que, segundo Gomes (1980, p.295), seja possível “detectar outros danos ressarcíveis que não apenas aqueles que resultam da prática de um ato ilícito. Substitui-se, em síntese, a noção de ato ilícito pela de dano injusto, mais amplo e mais social”. Abandona-se o protagonismo da culpa, em especial, com o reconhecimento de que, em diversas hipóteses, deve-se ter em mente uma responsabilidade objetiva, em prol da busca pela recomposição da vítima para a restauração do sentimento social de justiça.

Neste novo cenário, consolida-se a reflexão em torno de um novo paradigma de responsabilidade civil, capaz de atender à complexidade das relações mantidas na sociedade contemporânea, com o abandono progressivo da preocupação centrada na culpa do agente em prol da análise da injustiça dos efeitos de sua conduta, circunstância que justifica a necessidade de indenização integral da vítima pelo prejuízo experimentado.

Ao mesmo tempo em que se amplia a responsabilização civil em prol do resguardo da vítima do dano, com fulcro, principalmente, em uma cláusula geral de proteção da dignidade da pessoa, determinadas situações, que antes não poderiam ser imaginadas como aptas a ensejar o dever de indenizar, passam, a partir de então, a se tornar uma preocupação jurídica relevante. Nesse contexto, o domínio do tempo, compreendido como a possibilidade de a pessoa investir a sua existência naquelas atividades que sejam relevantes para os seus projetos pessoais, representa um interesse que deve ser resguardado pelo ordenamento. Essa mesma proteção se espraia, inclusive, às pessoas jurídicas, dado o seu caráter meramente instrumental em relação ao seu quadro societário, sobretudo quando se considera a livre disposição dos recursos produtivos.

2.1.4 A relação dialógica entre todos os campos do conhecimento jurídico: o esfumaçamento da distinção entre o direito público e o direito privado

Uma vez apresentados os paradigmas necessários à conformação de uma perspectiva de dano indenizável mais compatível com a atualidade, é imprescindível, em um trabalho que analisa a possibilidade de aplicação da teoria do desvio produtivo como fundamento para impor ao Estado a obrigação de reparar os particulares atingidos pela atuação disfuncional em uma atividade administrativa em sentido estrito, destacar a relevância de transplantar para o Direito Público modelos jurídicos concebidos para regular relações de Direito Privado.

É evidente a importância desse debate para a presente tese. A constitucionalização do Direito não se limita ao âmbito do Direito Privado. No entanto, foi a partir da flexibilização do caráter individualista do Direito Civil — especialmente no tratamento conferido à propriedade privada³⁸ e na percepção de que a empresa exerce uma função social³⁹ — que se tornou clara a necessidade de efetivar o projeto constitucional também nesses domínios. Pode-se afirmar que o Direito Civil e o Direito Empresarial funcionam como uma porta de entrada para a obrigatoriedade de interpretar todos os institutos jurídicos sob uma perspectiva constitucional.

De forma análoga, os filtros da responsabilidade civil foram inicialmente desenvolvidos no contexto das relações privadas, apesar de se ter conhecimento de que a imposição à Administração Pública de reparar integralmente a particulares prejudicados por suas condutas tem sua origem no Iluminismo, a partir do momento em que se abandona a ideia cristalizada na expressão *the king can do wrong*.

Neste cenário, o que se pretende responder nas próximas linhas é o seguinte: diante da divisão catalográfica fundamental do Direito em ramos distintos de Direito Privado e de Direito Público seria adequado, sob o ponto de vista epistemológico, utilizar referenciais teóricos de maneira indistinta ou, em outras palavras, o novo conceito de dano indenizável admitido no Direito Civil se ajusta à compreensão da responsabilidade civil do Estado como tópico inserido no Direito Administrativo?

Uma das classificações mais fundamentais do Direito é, conforme ressalta Gusmão (2000, p. 145), a bipartição dos diversos campos da ciência jurídica em Direito Público e Direito Privado. Essa distinção remonta a Ulpiano, que afirmou: “O direito público é o que diz respeito ao Estado romano; o privado atende ao interesse de cada um, isso porque há coisas de interesse público, outras, de interesse privado.”

³⁸ Acerca da funcionalização do direito de propriedade, Pereira (2001, p. 71) sintetiza que “bombardeado de todos os ângulos, o absolutismo do direito de propriedade cede lugar a uma nova concepção. A ordem jurídica reconhece que os bens não são dados ao homem para que levem a sua fruição até o ponto em que o seu exercício atente contra o bem comum.”

³⁹ Ao tratar do processo de recuperação judicial e de falência na ordem jurídica brasileira, Campinho (2006, p. 120) dá a exata dimensão de que a empresa assume um papel social de inegável relevância, notadamente, quando viabiliza a criação de postos formais de emprego, insere bens e serviços no mercado de consumo e gera divisas para o Estado com o recolhimento de tributos, motivo pelo qual, a falência somente se justifica como medida de *ultima ratio* e naquelas hipóteses em que a crise econômica, a partir de uma avaliação racional, aparente for uma situação insuperável. Essa função social da empresa obriga que as possíveis saídas da situação de crise a partir do desenho de um plano de recuperação sustentável, principalmente para os credores, seja o caminho preferencial a ser adotado. Esse pensamento tem sido aprofundado com a ideia de capitalismo stakeholder explicada por Saad-Diniz (2019, p. 75) como o compromisso que as empresas devem expressar em todas as suas atividades em relação aos grupos que são atingidos por ela, ainda que indiretamente, o que conduz a um prisma direcionado à coletividade.

Independentemente da escola de formação jurídica ou da orientação pedagógica do professor, é fato que todo estudante, ainda nas lições introdutórias, é apresentado a essa divisão metodológica. No entanto, a crítica a esse modelo de ensino reside, em regra, na forma superficial com que é abordado, na medida em que, frequentemente, essa classificação é apresentada apenas em quadros esquemáticos que alocam os diferentes campos do Direito em colunas, o que acaba tornando o aprendizado estéril e pouco significativo aos olhos do estudante.

A doutrina apresenta diversos critérios para catalogar um campo da ciência jurídica como pertencente ao Direito Privado ou ao Direito Público. É comum que os autores descrevam o método empregado e, em seguida, exponham críticas à sua adoção, o que evidencia que o tema, embora estudado desde a época dos romanistas, ainda está longe de alcançar uma definição consensual. Nos dias atuais, como aponta Ráo (2006, p. 243), esse impasse persiste e ainda acaba sendo agravado pela “fase de transição que se processa em tumulto, por meio de uma desordenada multiplicidade de normas reveladoras de intervenção crescente do Estado na ordem privada e, por via de consequência, de uma intromissão progressiva do direito público.”

Não compõe o escopo desta pesquisa uma análise aprofundada dos critérios utilizados para alocar os diferentes setores da ciência jurídica no campo do Direito Público ou do Direito Privado. Entretanto, de forma geral, é comum considerar como critérios principais: o interesse resguardado pela norma jurídica⁴⁰, a presença do Estado em um dos polos da relação jurídica de direito material regulada pela norma⁴¹ e a impossibilidade de disposição quanto à aplicação dessa norma⁴².

Adicionalmente, existem outros critérios menos conhecidos, como o apresentado pelo filósofo dinamarquês Ross (2021, p. 234-235), que, com base na ideia de autoridade,

⁴⁰ Gusmão (2000, p. 146) trata da questão da bipartição com base no interesse da seguinte maneira: “O critério mais antigo, que vem desde os romanos, é o interesse: é direito público o que trata de relações e situações jurídicas em que o interesse público predomina, enquanto direito privado aquelas em que sobressai o interesse privado”.

⁴¹ Ráo (2006, p. 246) trata especificamente dessa metodologia para a bipartição: “Invoca-se, mais, para distinguir o direito público do direito privado, a diversa qualidade dos sujeitos ou titulares dos direitos subjetivos correspondentes: naquele o titular dos direitos é o Estado; neste, titulares são as pessoas, físicas ou jurídicas, particulares”.

⁴² Novamente citando Ráo (2006, p. 247): “Enquanto a satisfação dos interesses particulares se caracteriza pela liberdade, só dependendo da vontade do seu titular destes interesses, a dos interesses do Estado corresponde a uma necessidade”. Interpretando esse trecho da obra, ao que parece o autor explica que a aplicação das normas de direito público é obrigatória quando presentes os seus pressupostos, enquanto as normas de direito privado podem ser afastadas deliberadamente pelos sujeitos envolvidos na relação jurídica que por ela é regulada.

defende que um campo da ciência jurídica pertence ao Direito Público quando estiver presente a competência de um agente da Administração Pública para atender a um interesse da comunidade, diferentemente do que se dá no Direito Privado em que há apenas indivíduos em situação de igualdade na qualidade dos seus interesses.

Apesar de sua origem no Direito Romano, das diversas metodologias estruturadas pela doutrina para viabilizar a definição de um catálogo e de sua tradicional utilização no ensino jurídico, a divisão entre Direito Público e Direito Privado tem sido alvo de críticas crescentes. Tais críticas variam desde a completa rejeição dessa bipartição até a defesa de seu enfraquecimento como modelo explicativo.

Kelsen (2009, p. 312-314) formula uma crítica contumaz à *summa divisio* do Direito em público e privado e, por conta disso, pode ser considerado como um daqueles que se opõem frontalmente a ela. Segundo ele, como a Teoria Pura considera que até mesmo os negócios jurídicos representam a concretização ou a individualização da vontade manifestada pelo Estado no momento da criação de uma norma que fundamenta a prática daquele ato, não seria relevante a catalogação.

Outro motivo pelo qual o austríaco não considera pertinente a separação em moldes absolutos dos campos da ciência jurídica nessa dicotomia é que, aparentemente, ela preconiza uma inexistente distinção na intensidade com que a legalidade se manifesta. Sendo certo que a coercitividade de um comando legal é sempre inerente a ele com a mesma veemência, assim, em qualquer ramo do Direito, esteja ele alocado como público ou privado, a sua observância é obrigatória, até mesmo para preservar a integridade do sistema de leis.

A única diferença apontada por ele é que, no Direito Público, há uma prevalência do interesse do Estado, em especial no Direito Administrativo. Contudo, a principal razão de ser desta distinção é garantir à Administração Pública uma posição de preponderância em relação aos particulares para a realização do interesse da coletividade e, neste sentido, ele qualifica a diferença como um instrumento ideológico que visa garantir maior liberdade de atuação dos seus agentes em relação à lei.

Para Ferraz Júnior (2003, p. 140), que também expressa resistência em aceitar a prevalência da *summa divisio* nos moldes em que ela é tradicionalmente apresentada, o problema na catalogação repousa no fato de que ela nega que exista um ponto de intersecção com alguns princípios aplicáveis, de forma indistinta, tanto ao Direito Público quanto ao Direito Privado.

Segundo ele, a divisão do Direito em público e privado tem uma finalidade que transcende a mera classificação das normas jurídicas que compõem o ordenamento, justificando-se pela necessidade de estabelecer, para cada um dos dois grupos, os princípios peculiares que serão aplicados para viabilizar a sua mobilização em cada situação concreta. Dessa maneira, são investigados pontos de coincidência entre os ramos da ciência jurídica para agrupá-los em torno de uma mesma técnica de operação.

Em sua ótica, em que pese tradicionalmente se faça menção às teorias do sujeito, do interesse e da relação de dominação⁴³, o melhor critério seja o da análise a partir da soberania ou da autonomia privada. Enquanto o Direito Público tem como seu principal vetor interpretativo a soberania, assim concebida como a possibilidade de que a Administração Pública imponha a sua vontade de maneira coercitiva aos particulares com o intuito de concretizar um interesse da coletividade, que, para ela, é indisponível, o Direito Privado é marcado por uma acentuada margem de liberdade de autonomia dos atores envolvidos nas relações jurídicas que são estabelecidas com lastro nas suas normas. Neste sentido, sempre haverá uma manifestação da legalidade, todavia, com um desfecho diferente: enquanto no Direito Público a atividade está limitada aos casos em que o Direito expressamente autoriza, no Direito Privado as pessoas podem agir sempre que inexistir vedação legal para tanto.

O que, segundo Ferraz Júnior (2003, p. 140), é ignorado por aqueles que defendem a separação hermética é que: “há princípios que valem para todos os âmbitos. São princípios gerais de direito, como o da igualdade, o da responsabilidade por danos, o de que o pactuado deve ser observado etc. Em seu nome, a dogmática procura entender o direito como um todo, postulando sua unidade”. Assim, se é certo que existem princípios regionais que se aplicam apenas aos setores do Direito Privado e outros aos ramos do Direito Público, há determinadas normas que se aplicam a todos eles, na medida em que o Direito deve pretender constituir-se como uma unidade em torno de certos axiomas, como, por exemplo, a ideia de que fere o senso comum de justiça que a pessoa que experimente um dano, de qualquer natureza, pela conduta de um terceiro, fique à margem da integral reparação.

O Direito Administrativo, assim como o Direito Constitucional, é um dos exemplos mais evidentes de campos da ciência jurídica que, segundo a *summa divisio*, estão

⁴³ Para evitar uma possível ambiguidade em torno da expressão que foi empregada pelo filósofo é importante trazer o que Ferraz Júnior (2003, p. 138) compreende a esse respeito: “As teorias da relação de dominação, por fim, vêem, formalmente, nas relações do direito público o *jus imperii* do Estado, que se põe superiormente aos entes privados. Estes, ao contrário, guardam relações de paridade, um não pode imperar sobre o outro.

inseridos dentre aqueles que compõem o Direito Público. Dessa forma, quando se cogita a bipartição em termos absolutos, as normas e os institutos criados para atender à realidade do Direito Privado não poderiam ser a eles aplicados. Ocorre, entretanto, que essa visão fragmentada do fenômeno jurídico tem sido objeto de críticas específicas dos administrativistas e, em tempos mais recentes, acaba por sucumbir à própria conformação do ordenamento positivado.

O que se observa atualmente é que, desde que respeitadas certas condições e resguardada a autonomia científica do Direito Administrativo, não é impossível utilizar, nas relações que envolvem o particular e a Administração Pública, um instituto moldado, por exemplo, na realidade do Direito Civil. Não se pode rejeitar, simplesmente com base no argumento de que os institutos de Direito Privado não se aplicam ao Direito Público, uma teoria como a do desvio produtivo, por exemplo.

É de grande valia para o tema a produção da portuguesa Estorninho (1999, p. 42), que trouxe para o Direito Administrativo a ideia de “fuga para o Direito Privado”. Segundo ela, a partir do momento em que o Estado Social se difunde na experiência ocidental, a Administração Pública percebe a necessidade de utilizar uma série de instrumentos típicos do Direito Privado para que possa atingir as suas finalidades, como, por exemplo: a) o consenso como método de solução de conflitos com os particulares; b) a participação dos interessados na construção dos atos administrativos que, de alguma maneira, poderão atingi-los; c) a criação de pessoas jurídicas de Direito Privado no âmbito da organização administrativa para o desempenho de atividades de interesse do Estado; e d) o uso consagrado de técnicas contratuais em oposição à tradicional manifestação por meio de atos unilaterais marcados pela verticalidade.

Essa “fuga” se explica, principalmente, pela circunstância de que o Estado Social impõe à Administração Pública o desempenho de uma série de atividades aptas a prover aos particulares determinados bens e serviços escassos, como o acesso à saúde e à educação, sendo certo que, sem a larga utilização de técnicas contratuais, especialmente para viabilizar a atuação em parceria com os agentes econômicos privados interessados, essas metas seriam inviáveis.

Não seria forçoso dizer que o surgimento de uma relação dialógica entre os fenômenos de direito público e de direito privado, antes concebidos como estanques, opera-se muito menos como uma opção do que como uma imposição dos nossos dias.

Oliveira (2011, p. 18), em sua obra que trata da organização administrativa brasileira, destaca que a fuga para o Direito Privado se intensifica ainda mais: “com o movimento de privatização, e o surgimento do Estado Subsidiário ou Regulador, o recurso aos instrumentos privados de atuação administrativa se intensificou”. Na contemporaneidade, além das técnicas contratuais e das formas empresariais de Direito Privado na organização administrativa, é perceptível o emprego das parcerias⁴⁴ para reduzir a estrutura do Estado, fomentar a iniciativa privada e buscar eficiência na prestação dos serviços públicos.

Mais uma vez recorrendo à produção acadêmica estrangeira, Corrêa (2001, p. 301-302) discorre sobre a aproximação entre as esferas pública e privada, a partir de um movimento de privatização do Direito Público e de publicização do Direito Privado, o que, naturalmente, coloca por terra a concepção tradicional de que as técnicas e os institutos de cada um dos compartimentos da divisão clássica não podem se comunicar. Pouco a pouco, mecanismos jurídicos que foram criados para o direito privado passam a ser utilizados, ou, influenciam a criação de figuras semelhantes que se aplicam às relações entre os particulares e a Administração Pública.

Além da vasta produção acadêmica no sentido de que a divisão entre direito público e direito privado tem se esvaído, de tal maneira que respeitadas as hipóteses em que uma vicissitude da situação concreta impedir o seu emprego não há vedação para que os institutos se comuniquem, as últimas reformas legislativas levadas a cabo no ordenamento jurídico brasileiro tem ratificado essa afirmação. Podem ser destacadas diversas alterações no cenário normativo que levam para o direito público institutos típicos do direito privado.

É possível dizer, sem qualquer exagero, que o Direito Administrativo brasileiro do primeiro quarto do Século XXI tem se aproximado cada vez mais do direito privado, seguindo a tendência já tratada no Capítulo 1 desse trabalho, por conta da influência do neoliberalismo na caracterização do Estado regulador. Dentre as diversas evidências dessa inevitável aproximação entre o direito público e o direito privado algumas merecem destaque.

⁴⁴ Para evitar ambiguidades é importante esclarecer que a expressão “parceria” não é utilizada neste momento para designar, nos termos da Lei n. 11.079/2004, os negócios jurídicos que estabelecem um regime de colaboração entre os entes da Administração Pública e os agentes privados com o fito de implementar ou gerir obras, serviços ou atividades de interesse público.

Em obra monográfica cujo objeto era o de apresentar um conceito de interesse público a partir de critérios formais e de conteúdo, Heinen (2022, p. 61) situa a sua ideia não apenas como um elemento central para o estudo do Direito Administrativo e, principalmente, para a atuação dos órgãos da Administração Pública, mas como um ponto de virada: se, em sua gênese, o seu objetivo era o de assegurar uma posição de privilégio do Estado em relação aos particulares⁴⁵, quando a sua atividade passa a estar ligada a um interesse da coletividade, acaba por conferir-lhe forte grau de legitimidade democrática. O Direito Administrativo, a partir da ideia de interesse público, passa a estabelecer que qualquer atuação dos agentes do Estado tem como escopo satisfazer a alguma necessidade da coletividade e, se assim não ocorrer, o ato estará maculado pelo vício do desvio de finalidade⁴⁶.

Desde que o interesse público passou a servir como uma espécie de bússola que conduz os agentes públicos e legitima as diversas ações do Estado que atingem o espaço de liberdade e autonomia dos particulares, vinculou-se a ele a qualidade da indisponibilidade. Segundo Saddy (2024, p. 393):

Como a Administração Pública não detém a titularidade dos interesses que busca, de tal forma que seus poderes, faculdades ou prerrogativas, na verdade, são deveres-poderes, bem como pelo fato de exercer uma função, o que significa que exerce uma atividade em nome próprio visando a interesses alheios, o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos pode ser visto como um ônus.

⁴⁵ Essa relação vertical que se estabelece entre o Estado e os particulares, tradicionalmente destacada nas obras que se dedicam à análise do Direito Administrativo, fica evidenciada não apenas quando se cogita a auto executoriedade dos atos administrativos ou o exercício do poder de polícia, mas, em alguns detalhes, por exemplo, quando os particulares são designados como administrados, o que, de acordo com a língua portuguesa, é aquele que é gerido. Atualmente, essa visão subalterna dos particulares em relação ao Estado não preserva qualquer pertinência constitucional, na medida em que o princípio da dignidade da pessoa, no sempre rememorado art. 1º, III, da Constituição Federal da República de 1988 coloca o indivíduo como o centro de qualquer atividade, inclusive, daquelas que são desempenhadas pelos órgãos que compõem a Administração Pública.

⁴⁶ O desvio de finalidade é um vício do ato administrativo em que o agente público pratica uma conduta no exercício de suas atribuições sem buscar atender à um interesse público, mas, de forma ilegal e ilegítima, alcançar uma finalidade privada em seu favor ou de um terceiro. O inesquecível Tácito (1974, p. 4-5) fala que: “A doutrina, a jurisprudência e até mesmo a lei brasileira já incorporaram essa concepção, com que se aprimorou a garantia das pessoas privadas - naturais ou jurídicas - contra as formas mais sutis de deturpação da legalidade administrativa. A inobservância, pelo agente administrativo, do fim específico a que a lei endereça o exercício de sua competência, é causa de nulidade do ato administrativo, a ser declarada na própria instância administrativa, ou pela via judicial. O uso da competência para a prática de ato que não visa alcançar a finalidade legal, mas, sob a aparência de fazê-lo, pretende realmente servir a outro fim, caracteriza uma espécie peculiar de vício do ato administrativo. Como, nessa hipótese, a manifestação de vontade do agente competente segue direção diversa daquela que o legislador concebeu e, portanto, se desvia do alvo legal, a jurisprudência do Conselho de Estado da França – através da qual se construiu essa modalidade específica de recurso por excesso de poder - batizou-a com o nome, pelo qual se tornou conhecida, de *détournement de pouvoir*, ou, em vernáculo, desvio de poder, ou, ainda, desvio de finalidade.”

É recorrente, principalmente entre os autores mais tradicionais, defender que o interesse público não se encontra à margem de qualquer disposição pelo administrador público, que deve, em qualquer caso, levá-lo de maneira inflexível. Assim, em uma demanda indenizatória ajuizada por um particular que teve o seu automóvel abalroado por um veículo de uma prefeitura, por exemplo, caberia ao órgão de representação judicial manejar todos os recursos possíveis para obstaculizar o êxito da pretensão daquele, por mais robustas as provas em torno da responsabilidade civil, na medida em que, se assim não o fizer, ao deixar de interpor um recurso, acaba por dispor de um interesse público, o que lhe é vedado.

Nos dias atuais, a indisponibilidade do interesse público tem passado por um salutar processo de temperamento, o que viabilizou o emprego da consensualidade não apenas para a construção de atos administrativos com legitimidade reforçada, mas, sobretudo, para a solução de situações de crise jurídica. Como afirma Medauar (2017, p. 355), em muitos casos, a solução mais eficiente para a Administração Pública – e, por conseguinte, para a coletividade – não passa pela insistência em torno de um interesse, mas, na verdade, pela solução consensual da controvérsia a partir da celebração de um acordo. No mesmo sentido, verifica-se o posicionamento de diversos autores⁴⁷.

Como pontua Garcia (2022, p. 29), “a consensualidade é o modo de agir e de gerir a coisa pública que não se caracteriza pela imposição, pela verticalidade ou pela autoridade, mas pela possibilidade de negociação, de flexibilidade e de participação ativa do particular.” Nesse sentido, é inegável que a adoção dessa forma de atuação confere à Administração Pública uma forte carga de legitimidade democrática.

Pensar na consensualidade como um instrumento efetivo empregado pela Administração Pública em todos os atos que pratica tem uma estreita ligação com a concretização da democracia. Naturalmente, ao cogitar-se o consenso, é quase intuitivo estabelecer uma conexão com o processo sancionador, no qual o particular barganha com o poder público uma condição mais benéfica para sua situação, ao mesmo tempo em que cede alguma parcela de seus interesses em prol da celeridade no desfecho da situação de crise jurídica. Esse fenômeno será exemplificado, em breve, no que concerne aos acordos

⁴⁷ É possível citar: Valle (2011, p. 12) quando diz que: “O direito administrativo da pós-modernidade, regido pela juridicidade, revela-se sensível à formação do consenso, como alternativa igualmente legítima àquelas relações verticais.”; Pereira Júnior (2012, p. 37) ao falar que: “A Administração busca realizar acordos com os particulares destinatários da ação, abdicando, assim, da forma impositiva e unilateral com que o Estado tradicionalmente fazia uso de seus poderes.”; Menezes (2008, p. 337) que conclui: “é natural que um dos vetores de evolução do Direito Administrativo, na democracia, seja a substituição dos mecanismos de imposição unilateral – tradicionalmente ditos de ‘império’ – por mecanismos de consenso.”.

de leniência firmados com base na Lei n. 12.846/2013 ou aos termos de ajustamento de conduta celebrados à luz da Lei n. 7.347/1995. Um exemplo seria um servidor público que, no exercício de suas funções, tenha agido pontualmente de forma desviante em relação à moralidade, celebrando com o órgão correcional ao qual está subordinado um acordo que prevê a imposição de uma sanção administrativa mais branda em troca de sua confissão, da renúncia à intransigência defensiva processual e do compromisso de ajustar sua conduta dali em diante.

Nada impede, por outro lado, que o consenso seja empregado pela Administração Pública em situações que não estejam ligadas à imposição de uma sanção disciplinar, mas sim, por exemplo, para definir como um serviço público será prestado ou como uma obra pública será realizada, por meio da coleta das opiniões dos principais interessados. Como bem explica Chemerinsky (2018, p. 63), ao abordar a realidade da democracia norte-americana, um dos motivos para a criação da I Emenda à Constituição dos Estados Unidos foi assegurar, mediante a afirmação da liberdade de expressão como um direito fundamental, a possibilidade de que os cidadãos participassem ativamente do processo de tomada de decisão e, assim, concretizassem o que Rancière (2014, p. 13) denomina de “o governo do povo por ele mesmo”.

Naturalmente, um governo eleito por sufrágio periódico, com livre participação dos cidadãos e com regras previamente estabelecidas aplicadas a todos os postulantes aos cargos em disputa, encontra-se legitimado para os atos de gestão que concretizarão as políticas apresentadas em seu plano de governo, ressalvados os direitos fundamentais dos grupos minoritários. Todavia, essa legitimação é ainda mais robusta quando aqueles que são diretamente afetados pela atividade da Administração Pública têm a real possibilidade de expressar suas opiniões e colaborar na construção das decisões que envolvem a coisa pública.

Uma criteriosa análise do ordenamento jurídico brasileiro vigente permite concluir que o entendimento doutrinário segundo o qual o consenso deve estar inserido nas relações que envolvem a Administração Pública e o particular repercutiu no trabalho do legislador. Destacam-se, nesse cenário, a Lei n. 7.347/1985, a Lei n. 12.846/2013 e o Decreto-Lei n. 4.657/1942, com as alterações implementadas pela Lei n. 13.655/2018.

Um dos mecanismos mais eficientes de tutela dos interesses transindividuais⁴⁸, a Ação Civil Pública tem o seu procedimento regulado pela Lei n.º 7.347/1985 e, através dela, os legitimados extraordinários, arrolados no art. 5.º, podem buscar em juízo a proteção de um direito que se ajusta às espécies do art. 81 da Lei n. 8.078/1990. O art. 5.º, parágrafo 6.º, da Lei n. 7.347/1985 prevê a possibilidade de que órgãos públicos legitimados para o ajuizamento da ação civil pública celebrem o termo de ajustamento de conduta, que, segundo Mazzilli (2010, p. 422), é “um título executivo extrajudicial, por meio do qual um órgão público legitimado toma do causador do dano o compromisso de adequar sua conduta às exigências da lei”.

Outra previsão normativa que merece destaque é a Lei n. 12.846/2013. Com o intuito de concretizar, no âmbito interno, uma série de compromissos já firmados na ordem internacional⁴⁹ e, ao mesmo tempo, atender aos reclamos vindos das manifestações populares que ocorreram em junho de 2013, foi editada a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas que, em seus arts. 16 e 17, prevê a possibilidade de celebração do acordo de leniência que, segundo Carvalhosa (2015, p. 371), é “um pacto de colaboração firmado entre a autoridade processante e a pessoa jurídica indiciada ou já processada, através do qual se estabelece uma promessa de serem abrandadas as penalidades aqui instituídas uma vez alcançada a maior abrangência do concurso delitivo”.

Na mesma toada, está a Lei n. 8.429/1992, profundamente alterada pela Lei n. 14.230/2021, que regula o procedimento destinado a enfrentar os atos de improbidade administrativa. O art. 17-B da Lei de Improbidade Administrativa prevê a possibilidade de que o Ministério Público ofereça ao processado a celebração de um Acordo de Não Persecução Civil que, se consubstancia como um autêntico negócio firmado entre o legitimado para ajuizar a ação de improbidade administrativa e aquele que, supostamente, teria praticado o ato e, portanto, seria o sujeito passivo da demanda, a partir da assunção de obrigações patrimoniais e sancionatórias.

⁴⁸ Os interesses transindividuais são aqueles que ultrapassam a esfera jurídica de apenas um indivíduo, de tal maneira que envolvem um grupo, uma categoria ou coletividade de pessoa. No Brasil, de acordo com o art. 81 da Lei n. 8.078/1990, engloba: os direitos difusos, assim concebidos aqueles titularizados por pessoas indeterminadas ligadas por uma situação de fato; os direitos coletivos, considerados aqueles de natureza indivisível, mas com pessoas determináveis e ligadas por uma relação jurídica específica; e, direitos individuais homogêneos, consubstanciados em direitos de natureza divisível com uma origem comum.

⁴⁹ Podem ser mencionadas as seguintes Convenções Internacionais firmadas pelo Brasil com o compromisso de combater as práticas de corrupção no setor público: i) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, de 1997, internalizada pelo Decreto n. 3.678/2000; ii) Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996, internalizada pelo Decreto n. 4.410/2002; e, iii) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, internalizada pelo Decreto n. 5.687/2006.

No tocante à Lei de Improbidade Administrativa, é interessante perceber, como bem destacam Neves e Oliveira (2024, p. 348), que a legislação entendeu por bem restringir a margem de negociabilidade do Acordo de Não Persecução Civil ao condicionar a sua realização ao integral ressarcimento do dano e à reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, na forma do art. 17-B da Lei n. 8.429/1992. Mesmo assim, a possibilidade de negociação ainda permanece presente.

Quando se observa o microssistema de tutela coletiva e os interesses que são resguardados a partir dos seus mecanismos processuais, fica evidente que aquela repartição entre o direito público e o direito privado está se esvaindo, inclusive no que tange à indisponibilidade do interesse público. Ao tempo em que se afastava qualquer manifestação de consensualidade em relação ao interesse público, era incogitável que o Ministério Público, em uma ação coletiva, realizasse qualquer tipo de negociação com o particular por ele processado por um fato que, em tese, configurasse improbidade administrativa, em prol de uma solução mais célere. Atualmente, o que se vê é que essa solução pode ser aquela que melhor se adequa ao conceito de eficiência.

A reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, realizada pela Lei n. 13.655/2018, também é um importante referencial de aproximação entre o direito público e o direito privado. Um dos responsáveis pela elaboração do projeto que deu ensejo à lei que atualizou o Decreto-Lei n. 4.657/1942, Sundfeld (2023, p. 37), relata que um dos principais eixos do trabalho foi a implementação da consensualidade nas relações que envolvem o particular e a Administração Pública, tendo em vista a situação de escancarado preconceito que prevalecia em relação ao fomento do uso de tal mecanismo.

O art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro fala na realização de consulta pública e de compromisso com os interessados como parte do procedimento apto a eliminar alguma irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público. No que tange a esse dispositivo, Sundfeld (2023, p. 53) comenta que “há puro realismo quando a lei indica que a negociação pode ser a solução possível ante a ineficácia dos mecanismos comuns de coerção”, evidenciando a importância do consenso entre o particular e o administrador público para a superação de situações de resistência.

Da mesma maneira, o art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece que a Administração Pública poderá, quando entender pertinente, realizar uma consulta pública com os interessados para a edição de atos normativos, salvo os de mera

organização interna. O que propõe a lei é que a Administração Pública, sempre acostumada a alterar unilateralmente a situação jurídica do particular, passe a ouvir aqueles que serão atingidos pelos atos normativos por ela editados.

O regime de contratações públicas também não ficou à margem dessa aproximação do direito público e do direito privado, em especial quando se constata que instrumentos de diálogo foram reconhecidos no bojo da Lei n. 14.133/2021 como importantes mecanismos para a viabilidade da aquisição do bem ou do serviço que melhor atenda ao interesse público. Niebhur (2022, p. 631) fala que “é oportuno registrar que os modelos de contratação pública já vêm passando por processo de abertura ao diálogo ou à contribuição da iniciativa privada” e, ao analisar o texto da Nova Lei Geral de Contratações Públicas, podem ser destacados: a) a criação de uma modalidade de licitação em que a Administração Pública dialoga com os particulares interessados e objetivamente selecionados em torno da satisfação de uma necessidade do Estado, qual seja, o diálogo competitivo, previsto no art. 6º, XLII, da Lei n. 14.133/2021; b) a criação de um procedimento de manifestação de interesse, como estabelece o art. 81 da Lei n. 14.133/2021, no qual o poder público publica um edital com o escopo de obter informações técnicas e econômicas que subsidiarão a futura contratação pública; e c) o regime de execução integrada e semi-integrada, previsto no art. 46 da Lei n. 14.133/2021, que possibilita que o poder público publique um edital acompanhado apenas de anteprojeto, sem qualquer detalhamento, de tal forma que os particulares interessados em contratar possam oferecer soluções distintas para melhor atender às necessidades da Administração Pública.

Além da consensualidade, verifica-se que a distinção entre os regimes de direito público e de direito privado também tem passado por uma espécie de *fogging* no que tange ao princípio da legalidade, notadamente no tratamento que é dispensado, nos dias atuais, à teoria das nulidades.

O princípio da legalidade assume papel central no Direito Administrativo, pois, ao exigir que a Administração Pública atue tão somente quando existir um ato normativo autorizando que o faça, preserva, na maior escala possível, a liberdade das pessoas. Esse apego à observância da legalidade é o que justificou a teoria das nulidades no Direito Administrativo, de tal maneira que, uma vez constatado o vício em um ato da Administração Pública, deveria ser declarada a sua nulidade e expurgados todos os seus efeitos – a partir da incidência de efeitos *ex tunc* à decisão que reconhece o defeito no ato.

Diferentemente do que se dava no regime dos vícios do ato jurídico do direito privado, em sua versão original, a teoria das nulidades do direito público considerava como única solução adequada a anulação do ato viciado, na medida em que apenas agindo dessa maneira é que o princípio da legalidade, onde se apoia qualquer atuação dos agentes do Estado, estaria preservado no caso concreto. Caso fosse admitido que o ato administrativo viciado produzisse algum efeito, o que se estaria dizendo, ainda que por uma via oblíqua, é que a atuação da Administração Pública em desconformidade com os parâmetros da legalidade poderia produzir alguma alteração na realidade dos fatos.

Assim, os arts. 2º e 3º da Lei n. 4.717/1965 instituem uma espécie de lógica binária quanto ao tema das invalidades do ato administrativo: verificando o vício de legalidade, não há qualquer margem de discricionariedade para o gestor, que deveria invalidá-lo.

Esse cenário perdurou, ao menos, até o advento da Lei n. 9.784/1999, responsável por regulamentar o processo administrativo federal, que, de forma inovadora, trouxe em seu art. 55 a previsão de que “em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados⁵⁰ pela própria Administração”. Há o início de um processo que é alcunhado por Teixeira Júnior e Nóbrega (2023, p. 23) como o destaque do papel funcional do princípio da legalidade, ou seja, o acatamento das normas não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para que a Administração Pública possa, restringindo de forma mínima a liberdade dos particulares, atuar de forma a atender ao interesse público.

A solução dada pela Lei do Processo Administrativo Federal é simples: os atos administrativos processuais são um mero instrumento utilizado pela Administração Pública para legitimar a sua tomada de decisão, sendo certo que, se porventura não for observado algum rigor da legislação na sua prática, mas, por outro lado, for possível ao administrador realizar a sua convalidação, não haveria justificativa plausível para a decretação da invalidade, ainda mais com efeitos retroativos.

Essa salutar evolução no tratamento das invalidades de um ato administrativo já deixou de ser a mais atual. O art. 147 da Lei n. 14.133/2021, ao tratar das invalidades no processo de contratação pública, inovou a ordem jurídica brasileira, trazendo uma

⁵⁰ Registra-se, neste ponto, uma divergência acerca do acerto do legislador ao empregar o verbo “poder”, aparentando que o administrador público tem uma margem de discricionariedade para avaliar, no caso concreto, a conveniência e a oportunidade de se anular ou convalidar o ato viciado. Zancaner (1993, p. 56) defende, acertadamente, que uma vez sendo possível a convalidação o agente administrativo não tem qualquer margem de liberdade para decidir acerca da invalidação, de tal forma que ele estaria obrigado a praticar o saneamento.

possibilidade para o administrador público que, talvez seja ousado dizer, nunca se imaginou: a depender da avaliação da utilidade da medida, o administrador público pode, diante de um vício insanável no processo licitatório ou no contrato administrativo, reconhecer essa situação, mas optar por conferir ao ato um efeito retrooperante, de tal maneira que ele continue a produzir os seus efeitos.

A partir de uma análise consequencialista, o administrador público reconhece que, em algum momento do processo de contratação pública, o poder público atuou com a inobservância de alguma regra específica, mas, por se revelar hipótese mais vantajosa para a proteção do interesse público, aquela invalidade reconhecida passa a produzir os seus efeitos apenas em um momento futuro. Em outras palavras, sob o argumento da utilidade, um ato administrativo ilegal assume aptidão para produzir efeitos na ordem jurídica.

O que se percebe, de forma muito clara, é que a antiga barreira imposta entre os direitos público e privado a partir da *summa divisio*, em que os paradigmas de um não poderiam, em nenhuma hipótese, se comunicar com os do outro, tem sido atenuada. O direito público de forma geral, mas, especialmente o Direito Administrativo, tem se socorrido de institutos e mecanismos típicos do direito privado para solucionar os problemas que são impostos à um Estado que, além da obrigação de prestar inúmeros serviços, deve estar atento à lógica neoliberal.

Cada vez mais se espera do Estado uma atuação nos mesmos moldes dos agentes privados do mercado, e, por esta razão, tem sido reconhecida a possibilidade de transplante de diversos mecanismos valiosos do direito privado para o campo do direito público.

2.1.5 A incidência da nova perspectiva de dano às relações jurídicas que envolvem a Administração Pública e os particulares

É inegável que os tempos atuais demandam que a compreensão de dano seja revisitada pela ciência do Direito, de tal maneira que o princípio do *neminem laedere*, presente no pensamento jurídico desde os romanistas, não perca a sua normatividade e, por consequência, preserve a sensação de segurança jurídica nas relações sociais. Incumbe ao Direito manter-se conectado com a realidade dos fatos que serão por ele mediados e, neste tocante, o desafio em torno dos novos paradigmas da responsabilidade civil é hercúleo.

Quando se cogita o dano como a perda ou a deterioração de um direito titularizado por uma pessoa em virtude da conduta ilegítima e culposa de um terceiro, é necessário considerar que as relações jurídicas são travadas em uma sociedade de risco, inclusive no

que diz respeito ao Estado. Como consequência, de forma geral, todos estão mais suscetíveis a sofrer os efeitos de uma ação danosa do que se dava em outra época.

Com o objetivo de concretizar o projeto veiculado pela Constituição Federal da República de 1988, a atual ordem jurídica desafia o Estado brasileiro a atuar em uma série de setores, muitos dos quais com acentuada complexidade técnica e com a necessidade do concurso de recursos das mais diferentes espécies. Basta imaginar, como exemplo, a garantia do acesso à educação formal para crianças e adolescentes: é necessário adquirir um edifício, equipá-lo com o mobiliário suficiente para atender às necessidades pedagógicas dos alunos, contratar, por meio de concurso público, todos os profissionais envolvidos nas atividades pedagógicas; contratar o material e as pessoas que serão responsáveis pela manutenção das instalações escolares; arcar com os custos regulares da edificação, etc.

Essa complexa e multifacetada rede de relações que o Estado estabelece com os particulares para a consecução das suas finalidades constitucionais amplia as possibilidades de que, em alguma, advenha um desfecho não pretendido. Da mesma forma que a massificação das relações contratuais no direito privado conduziu à elaboração de um sistema diferenciado para regular os prejuízos advindos da experiência do consumo, a diversidade de atividades exigidas do Estado também desafia uma releitura pelo direito público daquilo que se considera como dano reparável pela Administração Pública, de tal forma que o seu conteúdo seja ampliado.

A necessidade de uma visão mais ampliada dos tipos de dano que podem ensejar a obrigação de indenizar decorre, com ainda maior intensidade no que tange às relações típicas de direito público, de uma ordem constitucional que se baseia no valor da dignidade da pessoa. Isso porque uma série de questões existenciais que não eram cogitadas como aptas a receber a proteção do Direito passam a estar acobertadas pelo ordenamento jurídico.

Da mesma maneira que o direito privado passou por uma intensa reformulação dos seus mais tradicionais institutos, dentre os quais a responsabilidade civil, cabe ao direito público dispensar a mesma atenção em um período marcado pelo estreitamento das relações mantidas entre os agentes privados e o poder público para a realização dos interesses da coletividade. Nessa tarefa, é interessante verificar tudo o que foi produzido, na academia e na legislação, para regular as relações de direito privado. Isso porque não há nenhum óbice, *prima facie*, para o diálogo de experiências de forma a enriquecer o Direito Administrativo.

Neste ponto, é importante fazer uma ressalva: se, por um lado, o argumento central deste tópico é no sentido de que, nos dias de hoje, não se justifica afastar a aplicação de um mecanismo que tenha sido idealizado para regular uma relação de direito privado no âmbito do Direito Administrativo, simplesmente por apego à *summa divisio*, por outro lado, não se pretende ignorar que há determinadas características que são ínsitas a cada um dos regimes jurídicos, as quais podem fazer com que não seja possível o diálogo.

Assim, da mesma forma como se deu no Direito Civil e no Direito do Consumidor, cabe ao Direito Administrativo estar atento aos novos paradigmas para fixar o conteúdo do dano indenizável, notadamente para proteger novos direitos dos particulares e coibir condutas potencialmente lesivas por parte da Administração Pública.

2.2 O SURGIMENTO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO NO BRASIL

Feita essa incursão sobre uma nova leitura do conceito de dano para satisfazer às necessidades que surgem na sociedade contemporânea, é possível passar, a partir de agora, a uma investigação sobre a teoria do desvio produtivo como fato apto a gerar a responsabilidade civil.

Para tanto, é necessário abordar as suas origens e, em seguida, estabelecer um conceito de desvio produtivo e os requisitos exigidos para que a teoria possa ser aplicada aos casos concretos.

Somente dessa maneira será possível avaliar, em momento posterior, se é pertinente falar na aplicação da teoria do desvio produtivo nas atividades administrativas.

2.2.1 As bases jurídicas e filosóficas para a construção da teoria

O primeiro passo necessário para compreender o desenvolvimento da teoria do desvio produtivo na experiência jurídica brasileira é a investigação das bases teóricas que sustentam a sua elaboração. A relevância dessa etapa do trabalho não se limita, embora isso já fosse suficiente, à compreensão dos motivos que motivaram sua formulação como solução para situações de crise jurídica, mas se estende, igualmente, à sua aplicação de maneira mais efetiva.

2.2.1.1 A determinação constitucional de proteção ao consumidor

Como será abordado em um dos tópicos seguintes, a teoria do desvio produtivo emerge, no Brasil, a partir de uma necessidade percebida no âmbito das relações de

consumo por seu precursor, que se preocupou com o tempo desperdiçado pelos consumidores na solução dos problemas ocasionados por fornecedores de produtos ou serviços contratados justamente para promover a melhor utilização da capacidade produtiva daqueles.

Neste sentido, é necessário destacar que uma das bases que sustentam a elaboração desta tese e sua aceitação é a imposição constitucional de criação de um aparato normativo destinado a tutelar, com especial cuidado, o consumidor nas relações que ele trava, algumas delas, sequer permeadas pela tradicional liberdade contratual.

Pode parecer insólito, nos dias de hoje, imaginar a atividade de consumo menos como uma aventura-experiência e mais como uma aventura-risco. Bauman (2022, p. 58), em sua obra que analisa o consumo na sociedade contemporânea, correlaciona a aquisição de produtos e serviços disponíveis no mercado à necessidade que os indivíduos possuem de demonstrar certas qualidades que os habilitem a se inserir em um grupo mais restrito, composto por pessoas com as quais se identificam culturalmente. Nesse sentido, o indivíduo acaba por se constituir como uma mercadoria de consumo⁵¹. Sob essa perspectiva, o consumo é uma atividade-experiência vivenciada em sociedade, mas a partir de uma ótica individual. Já a compreensão da atividade de consumo como risco deriva da constatação empírica de que os consumidores, enquanto parte vulnerável na relação econômica, são frequentemente prejudicados em situações nas quais o produto fornecido causa dano ou apresenta vício de qualidade ou quantidade.

Embora, como aponta Comparato (1974, p. 91-92), o ordenamento jurídico brasileiro tradicionalmente contenha normas aptas a proteger o consumidor – situadas nos campos da propriedade industrial, da concorrência desleal e da repressão ao abuso do poder econômico –, elas não se mostraram eficazes para enfrentar a vulnerabilidade dos consumidores em relação aos fornecedores de produtos e prestadores de serviços. Esse vazio material de proteção efetiva aos consumidores decorreu do fato de que, antes do advento da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro olhava para a

⁵¹ Em que pese não seja o escopo desse capítulo ingressar de forma pormenorizada nas vicissitudes sociológicas da experiência do consumo, mas, para que a menção a obra não fique incompleta, é interessante mencionar que a experiência de consumo, segundo Bauman (2022, p. 59), nos moldes em que ela se desenvolve nos dias de hoje, acaba por promover a mercantilização do indivíduo a partir dos hábitos de consumo: o sujeito consome para aparentar determinadas características que farão com que a sua inserção em um grupo específico seja considerada pelos demais membros como tradutora de um acréscimo de valor à coletividade. Através dos seus hábitos de consumo o indivíduo vende a sua imagem para as demais pessoas com as quais ele pretende se relacionar.

questão sob a ótica da teoria econômica clássica e, portanto, não reconhecia a importância de equalizar a diferença de status entre os envolvidos nessa relação.

Tepedino e Schreiber (2009, p. 234) trazem o seguinte diagnóstico:

Ao longo dos séculos XIX e XX, contudo, o acelerado desenvolvimento do capitalismo e o advento de uma sociedade de massas vieram evidenciar abusos praticados por agentes econômicos em face de contratantes mais vulneráveis, sobretudo em países como o Brasil, em que o acesso ao Poder Judiciário e a outros meios efetivos de coibição destes abusos é, ainda hoje, tortuoso para a maior parte da população.

É muito importante retratar essa situação, de fato sentida no Brasil até meados dos anos 1990, uma vez que é essa realidade que conduz o legislador constituinte, durante os seus trabalhos, a considerar como parte relevante do projeto de Estado que seria estabelecido a proteção do consumidor. A interpretação do Preâmbulo⁵², do art. 1º, III, e do art. 3º, I e IV, da Constituição Federal da República de 1988, demonstra a forte identidade⁵³ da lei maior com a proteção de grupos em situação de especial vulnerabilidade, como é o caso, por exemplo, do consumidor em relação ao prestador de serviço e ao fornecedor do produto, ou do particular no que tange à Administração Pública.

Ao se comprometer, fixando como um dos objetivos da ordem jurídica por ela inaugurada, com a redução das desigualdades sociais, a Constituição Federal da República de 1988 explicita a sua vocação para a proteção dos grupos que, historicamente, encontram-se em alguma situação de fragilidade social ou econômica. Sem que o Estado brasileiro constata e enfrente as situações de desigualdade, tais como o preconceito racial em seus

⁵² Não é desconhecido o debate acerca do caráter normativo do Preâmbulo, conceituado por Souza Neto e Sarmento (2012, p. 361) como “o texto editado pelo poder constituinte que antecede, no documento constitucional, a enunciação dos respectivos preceitos. Em geral, o preâmbulo alude à fonte de legitimação do poder constituinte – nas democracias, o povo – e exprime, em tom solene e grandiloquente, uma síntese dos valores fundamentais da ordem constitucional”. Como, por definição, o preâmbulo se consubstancia em um texto que antecede às normas que são produzidas pelo poder constituinte, autores como Bastos (1997, p. 80-83) e Moraes (2002, p. 119), negam que ele tenha força normativa e, até mesmo, força para permitir a condução do processo hermenêutico. A divergência fica bem evidente quando se investiga a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, isso porque, se no julgamento do Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.076 foi afirmado que o Preâmbulo não assume qualquer pertinência jurídica, sequer para a construção interpretativa dos dispositivos constitucionais, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 foi decidido em sentido diametralmente oposta, ganhando relevo argumentativo para o trabalho de exegese. Neste sentido, ao longo deste trabalho será utilizada a compreensão que vê a possibilidade de que o exegeta utilize o Preâmbulo como um instrumento de legitimação interpretativa, em especial pelo fato de que no caso da Constituição Federal da República de 1988 há menção a diversos axiomas essenciais para a consecução do projeto estabelecido para a ordem jurídica vigente.

⁵³ A ideia de que as constituições possuem uma identidade é elaborada com riqueza na tese de Corbo (2022, p. 159): “a identidade constitucional consiste no núcleo de decisões substanciais procedimentais e relacionais que estruturam e sustentam o ordenamento constitucional.” O trabalho de hermenêutica permite que se extraia de uma análise contextual das normas que compõem o texto constitucional a intenção do projeto que é produzido pelo poder constituinte, o que permite, inclusive, a exercer a resistência contra quaisquer mudanças que tenham o propósito de se desviar do programa nela contido.

diversos vieses, o patriarcado que exclui as mulheres do tratamento isonômico em múltiplos setores ou a fragilidade que se impõe pelo desequilíbrio de condições técnicas e econômicas nas relações de consumo, jamais será cumprido o projeto de construção de uma sociedade livre e justa.

No que diz respeito à situação dos consumidores, sua proteção assume, na atual ordem jurídica, uma dupla função, ambas com inegável relevo. Em primeiro lugar, o art. 5º, XXXII, da Constituição Federal da República de 1988 estabelece a proteção aos consumidores como um direito fundamental, que deve, obrigatoriamente, impor ao Estado brasileiro a construção de um arcabouço normativo que atenda a essa finalidade. Em segundo lugar, o art. 170, V, da Constituição Cidadã consagra a defesa do consumidor como um dos princípios setoriais da Ordem Econômica e Financeira, determinando que os agentes econômicos devem observar essa necessidade no desenvolvimento de suas atividades lucrativas.

Foi essa imposição constitucional que conduziu o legislador a elaborar a Lei n. 8.078/1990, que, segundo sua autodescrição, “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”. De forma explícita, o legislador informa que o diploma normativo por ele produzido assume a posição exigida pelo constituinte e estabelece um microssistema específico voltado a mitigar a aventura-risco do consumo, razão pela qual não tem a preocupação de permanecer em uma posição de neutralidade como se dá com as normas jurídicas em geral.

Assim, a criação de um sistema específico destinado a ampliar a proteção dos consumidores nas relações por eles estabelecidas com os prestadores de serviço e com os fornecedores de produtos representa a densificação de um comando constitucional que estabelece a necessidade de defesa deste grupo, em virtude da sua especial condição de vulnerabilidade, com o intuito de, em tempo futuro, concretizar uma sociedade livre de todas as desigualdades.

A teoria que prevê a possibilidade de indenização por perdas decorrentes do desvio produtivo traduz a possibilidade de que todos os aspectos existenciais do indivíduo-consumidor sejam objeto da proteção do Estado. Como se verá, a ideia de desvio produtivo está diretamente relacionada a perda de uma utilidade que é de difícil valoração econômica e impossível reparação *in natura*, haja vista em que se preocupa com o tempo que é tomado do indivíduo para solucionar um defeito no produto ou no serviço que por ele é adquirido.

Um dos seus fundamentos, dessa maneira, é dar efetividade à determinação constitucional que estabelece a proteção do consumidor como um eixo central que deve nortear a conduta dos prestadores de serviço e dos fornecedores de produtos no desenvolvimento da atividade econômica, resguardando-o contra quaisquer prejuízos, incluindo a apropriação do seu tempo produtivo, seja quando este é consumido na solução de um problema decorrente do bem ou serviço negociado, seja nos casos em que sua atenção é desviada para uma atividade esdrúxula que, não fossem em razão da contratação em si, não ocorreria.

2.2.1.2 O domínio sobre o próprio tempo como dimensão existencial

A segunda linha de fundamentação da teoria do desvio produtivo possui um forte conteúdo filosófico e está ligada à essencialidade que o domínio do tempo assume na vida dos indivíduos, na mesma medida em que é escasso, para a realização dos projetos pessoais que cada um, de acordo com sua própria visão de mundo, estabelece para si, desde que em conformidade com uma ordem legal.

Também se destaca pelo conteúdo jurídico, haja vista que a autonomia para decidir quanto à melhor gestão de cada um acerca de como emprega o seu tempo para a realização dos planos pessoais corresponde à um dos vieses mais destacados do princípio da dignidade da pessoa.

Neste ponto, é importante apresentar, ainda que de forma geral, um conceito que será posteriormente trabalhado de maneira exaustiva: o que se entende por esforço produtivo. Como será detalhado adiante, o esforço produtivo é compreendido como a possibilidade que a pessoa, física ou jurídica, possui de estabelecer a melhor gestão dos seus recursos, sejam econômicos ou humanos, para a realização de uma atividade que, conforme seus projetos pessoais, estatutários ou contratuais, é considerada relevante.

Não é exagero afirmar que uma das citações mais recorrentes na prática jurídica, bem como na produção acadêmica dedicada ao tema, é aquela extraída da obra sobre a ponderação de interesses, em que Sarmiento (2002, p. 59-60) descreve o princípio da dignidade da pessoa humana como “o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade”. Tal recorrência justifica-se não apenas pela deferência que a vasta produção do autor lhe assegurou sobre a matéria, ou por sua posição de vanguarda na doutrina nacional,

mas, sobretudo, pela precisão das palavras escolhidas para expressar seu pensamento e destacar a relevância da norma para a ordem constitucional vigente.

Concluindo o processo de redemocratização após o longo e tenebroso período ditatorial iniciado em 31 de março de 1964, a Constituição Federal da República de 1988 reflete, de forma inequívoca, a intenção de proteger o indivíduo em sua esfera pessoal, assegurando liberdades individuais, prestações estatais diversas e, inclusive, direitos transindividuais. Nesse sentido, o art. 1º, III da Carta Política vigente consagra como um dos fundamentos da ordem jurídica inaugurada por seu texto o princípio da dignidade da pessoa humana.

Barroso (2013, p. 14-19) investiga as origens da ideia de dignidade da pessoa humana, sendo certo que, pela profundidade de seu trabalho e por enveredar por caminhos não mencionados em outras obras, foi escolhido como o principal referencial teórico neste tocante. Ele analisa a questão sob quatro perspectivas distintas: além de identificar as primeiras referências à expressão “dignidade da pessoa humana”, demonstra que o instituto encontra suas raízes em fundamentos de quatro ordens distintas — religiosa, filosófica, jurídica e histórica.

Um ponto particularmente interessante mencionado por Barroso (2013, p. 14), e que merece destaque, é que a ideia de dignidade, nos dias de hoje associada principalmente à igualdade entre todas as pessoas, nem sempre foi empregada com essa conotação. No período da Roma Antiga, a dignidade era compreendida como um status conferido a determinadas pessoas e instituições cuja proeminência na sociedade acarretava um dever geral de respeito à sua honra, além da necessidade de manifestar reverência e deferência. Era possível, inclusive, que aquele que não observasse tal postura fosse submetido a sanções. Nesse contexto, a dignidade representava um mecanismo de distinção entre indivíduos baseado em caracteres pessoais e, como tal, refletia a visão de uma sociedade altamente hierarquizada. Na contemporaneidade quando se cogita esta utilização do princípio da dignidade da pessoa como um instrumento de garantia de privilégios⁵⁴ trata-se de uma situação insólita.

⁵⁴ Para evitar qualquer interpretação da expressão distinta do que pretende a presente pesquisa é necessário deixar, em letras garrafais, que não se considera aqui quaisquer mecanismos de equalização material de indivíduos em posições originárias distintas como um privilégio, mas, na mesma esteira do que defende Vaz (2023, p. 74) sobre as cotas raciais, reflete uma reparação histórica, de tal maneira que “essa dívida apenas começa a ser paga com as ações afirmativas para acesso às universidades e aos concursos públicos”. Aliás, a dignidade da pessoa é um fator de legitimação das políticas públicas que pretendem reduzir as desigualdades existentes na sociedade e que afastam grupos em situação de vulnerabilidade social das melhores

A laicidade do Estado brasileiro não impede reconhecer que uma das origens do princípio da dignidade da pessoa humana remonta a argumentos das religiões de matriz judaico-cristã. Sua base consolida valores afirmados no Evangelho, como o individualismo⁵⁵, a igualdade e a solidariedade, mas, sobretudo, relaciona-se à ideia de *imago Dei*: se o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, e, dessa forma, cada um deve amar ao próximo como a si mesmo, qualquer conduta que viole a dignidade da pessoa acaba, por via reflexa, agredindo a dignidade de Deus.

Também é possível identificar uma fonte filosófica para o princípio da dignidade da pessoa humana. Inicialmente mencionado pelo estadista e filósofo romano Marco Túlio Cícero, em seu *De Officiis*⁵⁶, de 44 a.C., para distinguir o ser humano dos animais, a dignidade da pessoa constitui um dos pontos cardeais do movimento Iluminista, que tem na *Oratio de Hominis Dignitate*, de Pico della Mirandola, um marco representativo da tomada de consciência de que o ser humano deve assumir uma posição de centralidade no pensamento científico e filosófico. Essa abordagem filosófica é o início da sua interpretação de forma apartada de qualquer sentido religioso.

Por fim, é inegável que o amplo reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana está umbilicalmente ligado a aspectos jurídicos, fortemente influenciados pelos fatos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, especialmente com a ascensão do nacional-socialismo e do fascismo, que instauraram uma era de barbaridades dirigidas contra diversos povos, sobretudo os judeus. Esse ponto, inclusive, é destacado unanimemente como uma das principais motivações da sua capilarização nas experiências jurídicas da pós-modernidade pelas obras que se dedicam ao estudo do princípio da dignidade da pessoa humana, considerando que ele integrou os tratados firmados no pós-guerra e os documentos constitucionais impostos às nações derrotadas, obrigando a sua especial consideração.

Sob o prisma da ciência jurídica, o princípio da dignidade da pessoa humana ganha maior relevância com o movimento pós-positivista, caracterizado pela aproximação entre

oportunidades de crescimento socioeconômico, haja vista que apenas com o seu efetivo emprego é que será possível que algumas pessoas desenvolvam os seus projetos pessoais.

⁵⁵ Vale trazer, neste ponto, o mesmo esclarecimento quanto ao emprego dessa expressão que Barroso (2013, p. 15): “No que se refere ao individualismo, o cristianismo surgiu como uma religião de indivíduos cujo relacionamento com Deus era independente de pertencimento a qualquer comunidade, nação ou Estado.” Esse *disclaimer* é relevante para evitar qualquer interpretação do termo como egoísmo, o que, vale dizer, é avesso aos valores cristãos mais fundamentais.

⁵⁶ Essa seria, segundo Barroso (2013, p. 14), a primeira vez em que se localiza escrita a expressão dignidade da pessoa humana nos mesmos moldes do que se tem atualmente.

o direito e a moral, bem como pela ampliação de textos normativos que empregam termos dotados de maior abstração. Essa característica permite, simultaneamente, uma maior flexibilidade interpretativa por parte dos aplicadores da norma e a preservação de sua capacidade reguladora ao longo do tempo.

A conjunção desses fatores elevou o princípio da dignidade da pessoa humana a uma posição de destaque reconhecida, senão em sua totalidade, na imensa maioria dos Estados constitucionais contemporâneos. É o caso, por exemplo, do Brasil, que, como mencionado, o consagrou como um dos fundamentos sobre os quais se assenta a República instituída pela Constituição de 1988; da Argentina, que, em seu peculiar processo constituinte⁵⁷, reconhece implicitamente o princípio a partir da exegese do art. 33 de sua Lei Fundamental; da Alemanha, cuja Lei Fundamental de 1949, em seu artigo I (1), enuncia a dignidade humana como inviolável, sendo que seu Tribunal Constitucional, no famoso *Caso Mefisto*⁵⁸, afirmou tratar-se de um valor supremo cuja normatividade deve prevalecer sobre todos os demais dispositivos; e da França, onde o Conselho de Estado teve a oportunidade de se manifestar no célebre caso envolvendo a proibição da prática do arremesso de anões pelas autoridades locais⁵⁹.

Essa posição de destaque em inúmeras ordens jurídicas democráticas contemporâneas não isenta o princípio da dignidade da pessoa humana de duras críticas,

⁵⁷ No artigo em que analisa, comparativamente, as experiências jurídicas do Brasil e da Argentina, Reis (2020, p. 534) considera que: “A Constituição Argentina atual não foi integralmente promulgada em um único processo constituinte, sendo o resultado de uma elaboração histórica, que implicou em sucessivas reformas constitucionais sobre o texto de sua única constituição, a Carta de 1853, que marca o início da existência da Federação Argentina”. Sob o ponto de vista da Teoria da Constituição, em especial, no que toca a classificação das cartas constitucionais, a Constituição da Argentina representa um exemplo contemporâneo de constituição histórica que é produto de uma evolução dos fatos sociopolíticos, evidenciando a experiência de um povo no tempo, cujo exemplo repetido é a Constituição Inglesa.

⁵⁸ No caso Mefisto, o Tribunal Constitucional Alemão decidiu, no contexto da liberdade de expressão, dos direitos da personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana, a demanda proposta pela família de Gustaf Gründgens, ator que teve destaque durante o período do Terceiro Reich, sob o argumento de que, mesmo em tom ficcional, mas com claros indicativos de quem seria o personagem central, a obra de Thomas Mann o retratava de forma degradante. O Tribunal Constitucional Federal Alemão acolheu a pretensão e proibiu a circulação da obra, justamente, sob o fundamento de que haveria uma lesão ao direito à dignidade, ainda que esteja em voga uma figura pública.

⁵⁹ Esse é um dos casos mais citados em sala de aula para abordar o princípio da dignidade da pessoa humana e, sobretudo, discutir se ele assume um caráter absoluto ou relativo. Em meados da década de 1990, o Conselho de Estado da França julgou a constitucionalidade da medida adotada por algumas autoridades locais para proibir que anões, vestidos com roupas acolchoadas, fossem lançados por frequentadores de casas noturnas mediante pagamento. Com a proibição, Manuel Wackenheim, um dos homens que participavam da atividade, ajuizou uma demanda alegando que a medida inviabilizava o exercício de sua autonomia privada para decidir sobre o próprio trabalho. O Conselho de Estado francês decidiu que a proibição era acertada, considerando que, mesmo com o consentimento da pessoa que seria arremessada, a prática violava a dignidade humana e, conseqüentemente, a ordem pública. A decisão pode ser encontrada, em língua francesa, na página do Conselho de Estado da França, a partir da pesquisa: *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d’Aix-em-Provence*.

sendo especialmente relevante aquela que questiona sua aplicação em razão do caráter fluido do seu conteúdo.

É importante destacar que parte do terreno fértil para as críticas dirigidas ao princípio da dignidade da pessoa humana decorre de sua utilização de forma dissociada do rigor científico, servindo, muitas vezes, como um instrumento retórico de *ultima ratio*, empregado para sustentar posições que, em boa parte dos casos, carecem de embasamento jurídico concreto. A plasticidade do princípio permite sua aplicação em uma miríade de situações, incluindo a defesa de posições diametralmente opostas. Esse uso imoderado e desprovido de fundamentação científica enfraquece a credibilidade do princípio, abrindo margem para aqueles que questionam sua aplicação direta como solução para crises jurídicas.

Objetivamente, é inegável que a delimitação do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana constitui uma tarefa hercúlea. Em primeiro lugar, o que se compreende como dignidade varia de acordo com o contexto cultural em que os indivíduos estão inseridos. Por exemplo, sob a perspectiva de uma pessoa nascida no Ocidente, pode parecer aviltante que uma mulher seja obrigada, por razões religiosas ou jurídicas, a vestir-se com uma burca⁶⁰. Em segundo lugar, o conceito de dignidade também apresenta variações ao longo do tempo e um exemplo ilustrativo é o estabelecimento de um conjunto de normas destinadas a proteger a saúde do trabalhador, como o direito ao descanso e às férias remuneradas.

Ocorre que, como bem destaca Barcellos (2011, p. 241-244), o caráter aberto do princípio da dignidade humana não impede o reconhecimento de um determinado conjunto de direitos que, em uma espécie de conteúdo mínimo, devem estar dotados de eficácia jurídica nos mesmos moldes reconhecidos às regras. Em sua essência, o tratamento dispensado à dignidade da pessoa humana é híbrido, de modo que, no que concerne ao seu conteúdo mínimo – como é o caso do direito à não submissão a penas de tortura e ao acesso à educação obrigatória e gratuita – não haverá qualquer margem para deliberação democrática, cabendo ao Estado – e, igualmente, aos particulares – viabilizar sua aplicação

⁶⁰ Em alguns locais, o uso da burca decorre de uma interpretação mais rigorosa ou conservadora do Corão e dos *hadiths* – como são chamadas as tradições do Profeta Maomé – que exige da mulher um comportamento baseado na modéstia, sendo certo que, a partir do momento em que ela fica absolutamente coberta – incluindo seu rosto e olhos – ela deixa de desviar a atenção de outras pessoas. Há países, como é o caso do Afeganistão sob o regime do Talibã, em que o uso da burca foi imposto por lei em todos os locais públicos.

como se fosse uma norma. Todavia, aquilo que exceder essa espécie de consenso civilizatório⁶¹ assume a mesma eficácia de um princípio.

Essa caracterização em torno de um consenso quanto ao conteúdo da dignidade da pessoa humana, com o objetivo de estabelecer quais direitos devem ser incluídos e quais deveriam ser excluídos, especialmente em uma sociedade plural como a brasileira, pode frequentemente resultar em discussões inconclusivas. Não é preciso desviar-se muito da essencialidade do direito para que a zona de consenso se converta em incerteza. No caso do direito à moradia digna, consagrado no art. 6º, caput, da Constituição Federal da República de 1988, não parece difícil reconhecer que qualquer indivíduo deve ter assegurado o direito a um espaço onde possa desfrutar do descanso, do convívio com o círculo mais próximo de seus familiares e do isolamento do convívio com outras pessoas. A questão é que a concretização desse direito dependerá da visão de cada indivíduo: para alguns, é suficiente que o Estado viabilize o acesso a condições para a aquisição da casa própria, como o financiamento a partir de uma taxa de juros módica; para outros, a solução seria a entrega gratuita de moradias pelo poder público àqueles que não tenham condições de adquirir um local para morar; por fim, há quem defenda que a manutenção de abrigos seria suficiente para atender ao comando constitucional.

O problema não é a vagueza do princípio, afinal, como pontua Barroso (2013, p. 72), “nenhum documento jurídico nacional ou internacional tentou oferecer uma definição para o termo, deixando o significado intrínseco da dignidade humana para o entendimento intuitivo”. Em seguida, apoiado no pensamento de Immanuel Kant, apresenta o que considera como o seu conteúdo minimalista: o valor intrínseco de todos os seres humanos⁶²; a autonomia de cada indivíduo; e a existência de valores comunitários que devem ser observados pelos indivíduos⁶³.

⁶¹ É necessário fazer um esclarecimento neste ponto quanto ao que se pretende dizer como consenso civilizatório: notadamente em uma democracia pluralista como é a brasileira, que reconhece a diferença como um dos seus traços essenciais, é divergente o que se concebe como dignidade da pessoa, contudo, parece indene de quaisquer dúvidas que a submissão de um condenado, qualquer que tenha sido a conduta que justificou a decisão judicial, à uma pena de tortura ou pretender que alguém trabalhe sem a contraprestação remuneratória ajustava previamente são hipóteses que reduzem essa condição do indivíduo.

⁶² Segundo Barroso (2013, p. 76), o valor intrínseco na perspectiva da dignidade da pessoa “corresponde ao conjunto de características que são inerentes e comuns a todos os seres humanos, e que lhes confere um status especial e superior no mundo, distinto de outras espécies”. Os seres humanos se distinguem dos demais animais e devem ser tratados de forma digna pela inteligência, sensibilidade e capacidade de se comunicar, o que os diferencia, inclusive, dos demais indivíduos. É a singularidade de cada pessoa que faz com que ela seja um ser único na existência e, por esse motivo, seja considerada como um fim em si mesma.

⁶³ Sobre este aspecto, Barroso (2013, p. 88) fala que “O valor comunitário, como uma restrição sobre a autonomia pessoal, busca sua legitimidade na realização de três objetivos: 1. A proteção dos direitos e da

Assume relevo para a presente pesquisa, dentre os elementos que integram o conteúdo mínimo de dignidade da pessoa, uma análise mais acurada sobre a autonomia. Logo de início, conceitualmente, é valiosa a lição de Nino (1989, p. 204-205):

El principio liberal que está aquí en juego es el que puede denominarse 'principio de autonomía de la persona' y que prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.

Mais uma vez, recorrendo ao pensamento de Dworkin (2010, p. 378), especialmente quando afirma que cada indivíduo possui o direito de ser tratado com igual respeito e consideração por todos aqueles com quem se relaciona – o que inclui, naturalmente, e talvez com ainda maior intensidade, o próprio poder público –, em virtude da autonomia que decorre da sua dignidade, torna-se evidente que o Estado, em todas as suas esferas de atuação, não pode agir de modo a desconsiderar que os recursos produtivos do particular são dotados de relevância e, por essa razão, não devem ser por ele apropriados, e, caso o seja, deverá ser objeto de plena reparação.

Seguindo essa reflexão, é possível afirmar que a Administração Pública assume, em razão do dever de preservação da dignidade da pessoa, a obrigação implícita de agir de modo a não promover o desperdício dos recursos produtivos do particular, direcionando-os a finalidades que, ao cabo, se revelem infrutíferas, como se dá, por exemplo, pelo início do processo de concurso público que, ao final, não resulta no aproveitamento dos candidatos aprovados impondo, nesta hipótese, a perda do tempo que foi dedicado à preparação para aquele determinado certame.

A ideia de autonomia, que integra o valor da dignidade da pessoa, nos moldes em que foi acolhida pelo ordenamento jurídico, consubstancia-se no reconhecimento de que toda pessoa possui a liberdade de decidir sobre os seus projetos de vida, desde que suas opções não causem lesão ao direito de terceiros. Essa liberdade quanto à definição dos projetos de vida é ampla, envolvendo escolhas profissionais, o comportamento no círculo de relacionamentos pessoais, a definição do local em que irá morar, o número de filhos que eventualmente venha a ter, entre outros aspectos.

De forma simples, a autonomia significa decidir sobre todas as nuances da própria existência.

dignidade de terceiros; 2. A proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo; e, 3. A proteção dos valores sociais compartilhados”.

É interessante a percepção de Sarmiento (2020, p. 152) acerca do uso da autonomia: ela é utilizada tanto para justificar a liberdade do indivíduo de fazer escolhas que envolvam todos os seus papéis desempenhados na sociedade e, até mesmo, em sua esfera de solidão, quanto para apoiar argumentos que pretendem limitar essa mesma liberdade em determinadas atividades que, de alguma maneira, sejam consideradas degradantes à condição humana. O argumento em torno da autonomia fica muito claro no já destacado caso que envolveu Manuel Wackenheim: de um lado, as autoridades locais afirmavam que o arremesso de pessoas em casas noturnas seria a redução desse indivíduo a uma condição indigna; de outro, argumentava-se que ele seria livre para decidir se aquela atividade seria capaz de reduzir sua dignidade, quando exercida como um trabalho.

Essa autonomia desenvolve-se em dois aspectos: a autonomia privada, que representa a possibilidade de decidir sobre os planos que a pessoa estabelece para a própria vida, e a autonomia pública, ligada diretamente à existência de um regime democrático, que corresponde à possibilidade de participação política com o objetivo de viabilizar a melhoria das condições de vida da coletividade.

O certo é que, tanto em seu aspecto privado quanto público, o respeito à autonomia, como reflexo do reconhecimento do princípio da dignidade, impõe que o Estado atue de forma a permitir que essa liberdade de escolha seja algo material, isto é, que a pessoa tenha efetivas condições de decidir como irá atuar para concretizar os objetivos por ela estabelecidos. Assim, não se trata apenas de uma abstenção imposta à Administração Pública, mas, sobretudo, de uma prestação positiva que se concretiza a partir do momento em que a pessoa detém as informações adequadas acerca da realidade, permitindo-lhe tomar suas próprias decisões.

Sarmiento (2020, p. 171) afirma que “é preciso assegurar as condições para esta liberdade. Para isto, não basta a remoção dos obstáculos externos às suas escolhas e atos. É também indispensável assegurar os meios necessários para que a liberdade possa ser efetivamente fruída”.

É intuitivo pensar na capacidade de gestão de como empregar o próprio tempo de forma produtiva e em sua relação com a autonomia, que está contida na dignidade da pessoa: sem a possibilidade de decidir como será investido o tempo de cada um, não há como estabelecer, de forma racional, quais serão as atividades desempenhadas para a realização dos projetos previamente definidos. A escassez do tempo desafia cada indivíduo a otimizar seu uso para que os ideais de vida sejam concretizados.

Mais do que isso: a escassez do tempo exige de todos um dever geral de abstenção, no sentido de que devem ser envidados todos os esforços para evitar que a pessoa se disponibilize a realizar uma atividade que, além de custosa, não renderá qualquer fruto para o projeto de vida que foi por ela estabelecido.

A livre disposição do tempo de que a pessoa dispõe para o desempenho daquelas atividades que, racionalmente, sejam por ela compreendidas como adequadas à concretização dos seus projetos transcende o conteúdo jurídico do princípio da dignidade. É evidente a conexão que se estabelece com a própria ideia de existência do indivíduo, na medida em que esta refletirá, de maneira precisa, aquilo em que ele investiu o seu esforço.

Não se ignora que diversos pensadores⁶⁴ refletiram sobre a questão do tempo, em especial, a sua escassez, para que o indivíduo possa realizar todos os projetos que define para a sua existência. Embora essa parte da pesquisa seja essencial para a resposta ao questionamento proposto, para que ela não ficasse excessivamente volumosa, optou-se por realizar um recorte e prender-se às obras de Lúcio Arnêu Seneca e Martin Heidegger.

O primeiro autor escolhido durante a pesquisa para a elaboração do presente trabalho, com o propósito de relacionar o tempo à existência individual, é o filósofo estoico Lúcio Aneu Sêneca, que viveu durante o século I d.C. e é apontado por muitos como um dos mais reconhecidos intelectuais do Império Romano. Na obra *Sobre a Brevidade da Vida*, escrita em meados dos anos 50, seu objetivo é demonstrar que, ao contrário do que se afirma – até os nossos dias –, a vida não é curta, desde que o indivíduo saiba aproveitar o tempo que lhe é concedido pelo destino.

O livro é composto por vinte pequenos textos, nos quais a sua preocupação constante é demonstrar a necessidade de que o indivíduo aproveite o seu tempo na realização de atividades produtivas, de modo a viabilizar a concretização dos seus projetos pessoais. Dentre os capítulos da obra, os que assumem maior pertinência para este trabalho são os capítulos I a VI.

Logo no início, Sêneca (2020, p. 17) antecipa que o problema da brevidade da vida não reside no pouco tempo de que cada um dispõe, mas na forma como o indivíduo direciona os seus esforços para algo que realmente valha a pena, possibilitando, assim, a realização de seus objetivos:

⁶⁴ Bergson (2006) fez importantes reflexões sobre a relação entre o tempo e a existência humana, a partir de uma distinção entre o tempo físico, assim considerado aquele que é medido com o uso de um relógio, e o tempo vivido, consubstanciado no conjunto de experiências vividas; e, Sartre (2011) que concebe o tempo como uma dimensão da liberdade, na medida em que o indivíduo, a partir de uma prospecção quanto às suas aspirações para o futuro, realiza uma série de escolhas ao longo da vida para realizar os seus desejos.

Não temos pouco tempo, mas desperdiçamos muito. A vida é longa o suficiente e nos foi dada generosamente para a realização das mais altas empreitadas, se toda ela for bem empregada; mas quando se dissipa no luxo e na negligência, quando se gasta em nada de bom, só então, constrangidos pelo fim inescapável, sentimos que passou enquanto não percebíamos que passava.

É interessante, notadamente para os fins a que se propõe a presente pesquisa, um trecho do capítulo III, no qual Sêneca (2020, p. 25), travando uma espécie de diálogo com o leitor, é explícito ao afirmar que, em muitas situações, o tempo – e, por consequência, a própria existência do indivíduo – acaba sendo subtraído pela conduta de terceiros que o desviam daquilo que seria realmente relevante.

Tal reflexão é de extrema relevância para a teoria do desvio produtivo, pois, em vez de questionar a escassez de tempo para o indivíduo, Sêneca volta o seu olhar para o modo como ele é utilizado em prol dos objetivos traçados por este para sua existência. Dessa análise decorre a necessidade de concentrar os esforços produtivos da pessoa em atividades que estejam diretamente relacionadas aos seus projetos pessoais, o que, por consequência, torna censurável a conduta de terceiros que, de alguma forma, a afastem do que é efetivamente importante.

De forma sintética, o primeiro marco teórico empregado para abordar a relação proposta neste subtópico afirma que o tempo não é escasso para a realização dos projetos existenciais, desde que a pessoa consiga focar-se naquilo que pode trazer benefícios concretos para si.

O outro autor escolhido para servir como marco teórico neste tópico da pesquisa é o filósofo alemão Martin Heidegger que, em 1927, publicou aquela que é considerada por muitos como a sua principal obra, “Ser e Tempo”, na qual estabeleceu uma das bases para o existencialismo a partir da sua análise, dentre outros elementos, sobre a importância do tempo para o indivíduo com o intuito de elaborar o seu conceito de “ser”. Mais do que isso, a obra selecionada é pedra de toque para a clara necessidade de se proteger o tempo produtivo das pessoas a partir de um aparato jurídico robusto.

Compreender o pensamento do filósofo alemão exige o estabelecimento prévio de alguns conceitos básicos, os quais são gradualmente construídos ao longo da obra para, em um momento posterior, serem manipulados de forma recíproca.

O primeiro conceito que precisa ser estabelecido é o de *Dasein*, expressão que, em alemão, pode ser traduzida em termos literais como “ser-aí”. No contexto de “Ser e Tempo”, a expressão adquire maior complexidade, conectando-se à ideia de “ser-para-a-morte”, um conceito que precisa ser abordado simultaneamente.

Em suas reflexões, Heidegger (2015, p. 336-337) afirma que a existência do ser humano é diferente daquela de todos os demais seres pelo fato de que ela está ligada a uma abertura para as possibilidades que se apresentam até a sua morte. As escolhas feitas pelo indivíduo irão definir a sua existência. Compreendendo a morte como uma perspectiva futura, o ser humano faz constantes questionamentos em torno da sua existência e dos caminhos que pretende percorrer entre as opções que se apresentam para significar a sua presença.

Nesta teia de possibilidades que se apresenta diante do ser humano a escolha da postura que será por ele adotada é explicada por Heidegger (2015, p. 337): “Ser para uma possibilidade, ou seja, para algo possível, pode significar: empenhar-se por algo possível, no sentido de ocupar-se de sua realização”. Assim, o ser humano faz, ao longo da sua existência, uma série de escolhas acerca daquela atividade que será por ele desempenhada antes a possibilidade de que os seus frutos tenham a aptidão de concretizar os seus projetos.

Não é suficiente, segundo Heidegger (2015, p. 309), que o indivíduo esteja limitado em seu ato de escolha entre as diversas possibilidades que se abrem para a realização do seu “ser-todo”. Em outras palavras, isso significa que o indivíduo não pode estar restrito, no tocante às múltiplas possibilidades, por qualquer influência externa e, além disso, que ele deve ser capaz de, a partir de uma análise prévia, julgar aquela atividade que será por ele desempenhada conforme sua aptidão para concretizar aquilo que vislumbra como relevante para a sua existência.

Um outro conceito que já foi anteriormente mencionado, qual seja, o de “ser-para-a-morte”, ou, em uma tradução literal para a língua germânica *Sein-zum-Tode*, corresponde à relação do ser humano com a sua própria finitude, na medida em que, desde o nascimento, já tem a certeza de que, em dado momento, morrerá. Representa uma das relações existenciais mais primitivas do ser humano, surgindo ao tomar consciência do término da vida, seja com a perda de um parente ou, até mesmo, de um animal de estimação.

Utilizando um conceito típico do Direito Civil, que descreve um dos elementos acidentais do negócio jurídico, a morte se desvela para o ser humano, desde o nascimento, como um termo; ou seja, um evento futuro e certo que influencia a maioria – senão todas – as escolhas realizadas ao longo da existência. Essa certeza quanto à ocorrência da morte, apesar do desconhecimento acerca do momento em que ocorrerá, guia o indivíduo, segundo Heidegger (2015, p. 309) a fazer as suas escolhas para compreender-se como um “ser-todo”.

Essa ideia de “ser-todo” pode ser conectada à ideia de projeto de vida que integra o conceito de dignidade da pessoa humana: ela compreende a possibilidade do indivíduo, a partir das suas escolhas, realizar aquilo que idealizou para a sua existência, desde que ele tenha acesso a todas as opções e, principalmente, compreensão da realidade que envolve cada uma delas.

Quando esses conceitos interagem entre si, evidencia-se a relação que pode ser estabelecida entre o pensamento do filósofo alemão e a teoria do desvio produtivo, tema central deste trabalho de pesquisa. Essa relação persiste mesmo ao se considerar que o recorte aqui proposto está direcionado à análise de uma potencial situação de crise jurídica entre uma pessoa jurídica e a Administração Pública, assunto que será explorado de forma mais detalhada no subtópico subsequente.

O ser, na visão do Primeiro Heidegger, é representado pelas escolhas que adota ao longo de sua temporalidade, conforme sua perspectiva de vida, com vistas à realização plena de sua existência. As escolhas individuais ao longo da vida são orientadas por alguns vetores fundamentais: o primeiro, a certeza de que, inevitavelmente, a morte colocará fim à existência tal como a conhecemos materialmente; o segundo, a compreensão prévia que o indivíduo possui acerca das possibilidades de realização ao longo de sua contemporaneidade; o terceiro, sua capacidade de analisar o cenário no qual a escolha é realizada; e, por fim, o projeto de existência delineado a partir de sua compreensão da vida, dos valores internalizados e da autoavaliação de suas aptidões.

Somente quando o indivíduo dispõe, de maneira plena, do tempo que a existência lhe reserva – ou, na terminologia de Heidegger (2015, p. 337), sua contemporaneidade –, é que se torna possível concretizar seus projetos existenciais. Qualquer conduta que prejudique a avaliação adequada, por parte do indivíduo, das opções disponíveis para a realização de seus projetos pessoais resulta na subtração de sua própria existência. Essa perda, por sua própria natureza, é tanto intangível quanto irrecuperável in natura.

Um dos pontos mais destacados da obra *Ser e Tempo* é justamente o reconhecimento de que a concretização dos projetos pessoais, que cada indivíduo estabelece como motor de sua existência, depende das escolhas realizadas entre as opções disponíveis. É indispensável que essas escolhas estejam fundamentadas em um diagnóstico criterioso sobre a conveniência de trilhar determinado caminho em detrimento de outro.

A partir do momento em que o indivíduo realiza as suas escolhas para viabilizar a realização dos projetos existenciais que ele delineia para si é necessário que tenha a

possibilidade de desfrutar do seu tempo, da melhor maneira possível, para tanto. Neste sentido, é necessário resguardá-lo quanto a quaisquer condutas que subtraíam a plenitude das possibilidades da existência humana a partir da captação ilegítima do tempo e, principalmente, do esforço produtivo em torno de uma atividade que, materialmente, não renderá para ele nenhum fruto.

É possível dizer, após refletir sobre o marco teórico de cunho filosófico selecionado para a exploração da indagação que norteia este trabalho, que não se pode dissociar o tempo e a vida das pessoas, razão pela qual, a tutela que se faz de um, mesmo de forma oblíqua, visa proteger o outro, e, dessa forma, o que se discute quando se fala no desvio produtivo é a segurança quanto à existência.

Depois de estabelecer que existe uma indissociável relação entre o domínio do próprio tempo e a mobilização dos esforços produtivos no sentido de concretizar os projetos que cada indivíduo delimita para a sua existência, não é difícil concluir que esse é um dos fundamentos mais robustos para a construção da teoria que constitui o centro da presente pesquisa.

Diversas são as abordagens que gravitam em torno da necessidade de se estabelecer uma proteção suficiente para que ninguém se veja estimulado a atuar de tal forma que possa subtrair o tempo ou o esforço produtivo da pessoa. Maia (2014, p. 175) fala que “tutelar juridicamente o tempo humano é também respaldar a liberdade, valorizar a vida, a família, o trabalho, o estudo, o afeto e tantos outros bens caros à personalidade humana”. Teixeira e Augusto (2015, p. 198) enfatizam a importância de que o tempo e o esforço produtivo sejam tutelados como bens jurídicos de extrema relevância e, dessa forma, quaisquer condutas potencialmente lesivas a eles seja evitada.

A participação dos particulares em um procedimento administrativo exige, não é preciso dizer muito a respeito, o investimento do tempo necessário para tanto, sobretudo quando estimulada pela crença de que poderão, com isso, obter alguma posição benéfica para a realização dos seus propósitos existenciais legítimos, quaisquer que sejam eles, como a aprovação em um concurso público ou a celebração de um contrato administrativo. Como qualquer procedimento dotado de formalidades que devem ser observadas, com fases bem delimitadas, a sua adequada participação desafia a elaboração de manifestações fundamentadas, o acompanhamento de atos instrutórios, entre outras atividades que exigem a realização de escolhas dramáticas.

Quando o indivíduo decide submeter-se a um concurso público, para que tenha alguma chance de aprovação, além do aporte de recursos vultosos para a aquisição de livros especializados, legislação atualizada, pagamento da inscrição no certame e custeio de cursos preparatórios cada vez mais caros e específicos para atender às necessidades de cada banca examinadora, vê-se obrigado a investir incontáveis horas da sua vida em uma jornada de estudos exaustiva, que o afasta do convívio familiar e dos amigos. O sacrifício é hercúleo. A exigência que se apresenta nos concursos, em especial naqueles voltados ao preenchimento das vagas de determinadas carreiras jurídicas, impõe uma preparação tão intensa que, em muitos casos, obriga o candidato a chegar ao extremo de abandonar a sua atividade profissional.

Não se pode deixar de considerar, nesse sentido, que o investimento de tempo do particular que se propõe a disputar uma das vagas no concurso é um valor juridicamente relevante e que merece, por isso, plena tutela caso venha a ser objeto de uma conduta danosa. O tempo de existência, como já foi mencionado, é irrecuperável. Por essa razão, cogitar que alguém, ainda que seja a Administração Pública, possa estimular a pessoa a abrir mão do convívio de familiares e amigos em prol de um objetivo de vida e, ao final, mesmo que movida pela discricionariedade no atendimento do interesse público, fazer com que essa escolha tenha sido em vão não pode ser concebido como um indiferente jurídico.

2.2.1.3 As múltiplas necessidades da pessoa e a especialização de atividades como produto no mercado

Outro fundamento que embasa a teoria do desvio produtivo é a necessidade de que qualquer atividade prestada com vistas a atender a aspiração de um terceiro, até mesmo aquelas consideradas acessórias na prestação de um serviço e, em muitas hipóteses, formalmente⁶⁵ gratuitas, tenha aptidão para, de alguma forma, cumprir seu escopo e permitir que ele direcione sua atenção para outra tarefa de seu interesse.

Com efeito, quando uma pessoa se dispõe a recorrer ao mercado em busca da prestação de um serviço ou da aquisição de um produto, faz isso, exclusivamente, para

⁶⁵ A gratuidade é adjetivada como formal para enfatizar que, em muitas situações, em que pese uma prestação é devida ao credor – essa expressão é utilizada aqui para designar o direito de exigir qualquer prestação de um terceiro, seja ela uma obrigação de pagar, de fazer, de abster-se, etc. – sem a previsão explícita de uma contraprestação econômica, ela acaba incluída na precificação da prestação principal. Como o trabalho se debruça sobre o processo de compras públicas, é possível exemplificar essa situação naquele caso em que o licitante embute no preço do produto que será vendido à Administração Pública todos os custos para a participação no certame, como uma assessoria especializada por ele contratada para auxiliá-lo do procedimento administrativo.

satisfazer alguma necessidade que possui. É possível que o indivíduo recorra a um terceiro devido à sociedade altamente especializada em que vivemos, na qual cada pessoa se dedica integralmente a atuar em um filão e, com isso, desenvolve uma expertise que a destaca entre as demais — por exemplo, ao contratar um engenheiro para o planejamento de uma obra. Também pode ser justificado pela intenção de que, a partir do momento em que o terceiro contratado desempenhe uma atividade que seria possível realizar, a pessoa consiga se dedicar a outra função — por exemplo, ao contratar alguém para colaborar nos serviços domésticos.

Apesar de a especialização ser um dos traços característicos dos tempos atuais, a percepção de que essa forma de produção de bens e serviços pode ser benéfica ao desenvolvimento da sociedade já foi alvo de debates no início do século XIX, pelo economista David Ricardo, cujo pensamento influenciou decisivamente os fundamentos da economia política. Na obra “Princípios de Economia Política e Tributação”, além de abordar questões como a teoria do valor-trabalho⁶⁶ e o impacto da distribuição de renda nas diversas classes econômicas, destaca-se seu ponto de vista sobre as relações comerciais entre as nações.

Ao tratar das relações comerciais entre duas nações, como exemplificado nos casos da Inglaterra e de Portugal, Ricardo (1996, p. 10) afirma explicitamente que, em sua perspectiva, a partir do momento em que essas nações recorrem aos produtos oferecidos pelo mercado do parceiro comercial, seus recursos internos ficam liberados para serem direcionados ao desempenho de atividades exploradas de forma mais específica. Além disso, à medida que um mercado se especializa no fornecimento de determinado produto, ele desenvolve, de maneira natural, maior aptidão para realizá-lo com eficiência.

Já no final do século XX, o sociólogo e professor Richard Sennett, ao realizar suas pesquisas sobre a relação entre o trabalho e a vida cotidiana, publicou o livro *A Corrosão do Caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*, no qual aborda, entre outros temas, a ideia de especialização flexível como uma nova abordagem do modelo capitalista de produção contemporâneo. Diferentemente de Ricardo (1996), Sennett (2009, p. 73-75 e 175-176) apresenta uma visão menos otimista sobre o processo de especialização

⁶⁶ Ricardo (1996, p.23) denomina como valor-trabalho a relação de que estabelece entre a precificação de uma mercadoria e a quantidade de trabalho que é necessário para a sua produção, de tal forma que, “o valor de uma mercadoria, ou a quantidade de qualquer outra pela qual pode ser trocada, depende da quantidade relativa de trabalho necessário para sua produção, e não da maior ou menos remuneração que é paga por esse trabalho”.

nas relações de trabalho, entendendo-o como uma das causas que têm contribuído para a alienação do indivíduo em relação à coletividade.

Segundo Sennett (2009, p. 60-61), a especialização é um dos mecanismos utilizados para atender de forma mais eficiente às demandas do mercado. Nessa lógica, quando o indivíduo se dedica a um campo específico, ele desenvolve maior competência. Contudo, sua crítica está no fato de que, embora reconheça os benefícios da especialização das atividades, o ambiente de trabalho – e, por extensão, qualquer espaço produtivo – exige do indivíduo uma flexibilidade que o transforma em um “especialista genérico”. O seu argumento, aliás, se ajusta precisamente à ideia de desvio produtivo, uma vez que, ao demandar que o sujeito seja um “especialista genérico” poder-se-ia conduzi-lo a fugir, mesmo de forma não-intencional, de uma atuação especializada.

O certo é que essa sociedade altamente especializada encontra reflexo no mercado de bens e serviços disponíveis para o consumo. A partir do momento que um serviço ou um bem é colocado no mercado à disposição de eventuais interessados na sua aquisição, o que se tem é a criação de uma legítima expectativa de que o investimento econômico que será feito para a contratação será recompensado pela maior eficiência ou pela melhor qualidade.

O que se pretende dizer com isso é que, muito mais do que um produto ou um serviço, o que é adquirido pela pessoa é a expertise do outro, de tal maneira que, confiando na sua perícia, acredita que terá uma solução mais eficiente para a sua necessidade, de tal maneira que os seus recursos escassos possam estar liberados para o desempenho de outra atividade que, seguindo o seu projeto de vida, seja prioritária.

Quando isso não ocorre, ou seja, quando a conduta de um terceiro de quem se espera expertise acaba por fazer com que a pessoa desperdice o seu tempo ou desfoque os seus recursos produtivos do objetivo que por ela é estabelecido, gera a necessidade de uma reparação, o que se dá a partir da teoria aqui estudada.

2.3 ESBOÇO CONCEITUAL DE DANO POR DESVIO PRODUTIVO

Neste ponto, é possível tentar estabelecer, a partir do que a doutrina e a jurisprudência vêm desenvolvendo, um conceito de desvio produtivo que possa ser empregado no âmbito desta pesquisa, haja vista que, apenas dessa maneira, será possível discutir a sua incidência nas atividades administrativas e, principalmente, nos processos licitatórios revogados pela Administração Pública.

É essencial, para tanto, conhecer a trajetória de construção e consolidação da teoria do desvio produtivo no direito brasileiro e, uma vez estabelecida a sua definição, fixar os seus requisitos para aplicação aos casos concretos.

2.3.1 A construção da teoria no direito brasileiro

Um traço característico do Direito como ciência, como já foi mencionado anteriormente nesta pesquisa, é a relação paradoxal que se estabelece entre a necessidade de que os seus institutos possuam a atualidade suficiente para enfrentar as situações de crise nas relações sociais e, ao mesmo tempo, o apego às tradições fundamentadas no desenvolvimento de seus principais pilares, em grande parte, ao longo dos tempos. Tanto isso é verdade que, mesmo com o declínio do Império Romano a partir do século IV, diversos institutos beberam das tradições romanistas, como ocorre, inclusive, na experiência jurídica brasileira.

A teoria do desvio produtivo, cuja aplicação às atividades administrativas prestadas pelo Estado é o foco central desta pesquisa, foge a esse clichê. Apesar de ter sido acolhida até mesmo pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão de maior estatura no desenho institucional do Poder Judiciário brasileiro no que diz respeito à legislação infraconstitucional, é possível afirmar que sua elaboração é recentíssima, sendo estabelecido como o momento do seu *big bang* o ano de 2007.

A teoria do desvio produtivo do consumidor foi originalmente elaborada por Marcos Dessaune a partir, segundo ele próprio, do aprofundamento de algumas reflexões desenvolvidas durante a elaboração de outro volume, escrito em coautoria com Andressa Dessaune, intitulado “*Código de Atendimento ao Consumidor*”. Esse volume foi concebido a partir da segunda metade da primeira década dos anos 2000. Vale destacar que essa obra transcendeu o interesse jurídico, abordando também temas como Administração, História e Sociologia, com o objetivo de estabelecer um arcabouço normativo capaz de atender adequadamente às aspirações do consumidor nos negócios firmados no contexto de uma relação típica de consumo.

No contexto desse trabalho, Dessaune (2022, p. 18) percebeu que um dos aspectos mais traumáticos na relação entre o consumidor e o prestador de serviço ou fornecedor de

produto é justamente aquele relacionado aos percalços enfrentados para a solução de problemas⁶⁷ na utilidade adquirida:

Diante de um problema de consumo criado pelo fornecedor, que se omite ou se recusa a solucioná-lo voluntária, tempestiva e efetivamente, o consumidor carente e vulnerável é levado a despender uma parcela do seu tempo, a se desviar das suas atividades cotidianas e, muitas vezes, a assumir deveres e custos do fornecedor para enfrentar o problema que lhe foi imposto.

Neste momento, é possível extrair alguns delineamentos fundamentais sobre a teoria do desvio produtivo.

Em que pese tenha sido criada no contexto multidisciplinar, em uma obra que não se limitava à exploração do conhecimento técnico-jurídico, a teoria do desvio produtivo foi estruturada com vistas a ser aplicada às relações de consumo, assim consideradas aquelas que possuem, em seus vértices, um consumidor e um fornecedor de produtos ou serviços, na forma dos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.078/1990⁶⁸. Como dito, em sua origem remota, a teoria do desvio produtivo foi pensada em uma perspectiva jurídica, mas, sobretudo, lastreada na sociologia – o tratamento inadequado que muitos fornecedores dão aos problemas que são levados ao seu conhecimento pelos consumidores em virtude da qualidade, da quantidade ou de algum fato decorrente do produto ou do serviço que foram negociados – e na administração – a delimitação de processos produtivos mais eficientes para a experiência satisfatória do consumidor que destina seus recursos à aquisição de um produto ou de um serviço que tenha a capacidade de solucionar uma necessidade por ele percebida e para a qual depende da expertise por ele não dominada –, sendo o seu escopo permitir que situações lesivas à pessoa, notadamente aquelas que culminassem com o desperdício injustificado do tempo produtivo, fossem objeto de plena reparação.

Assim, de início, a teoria foi criada para atender às necessidades decorrentes de uma relação jurídica específica, qual seja, a relação de consumo. Ao que parece, ao menos em meados dos anos 2000, o intuito não era o de estabelecer as bases de uma teoria que

⁶⁷ No sentido empregado neste trabalho, problema na utilidade adquirida compreende ambas as hipóteses que tem a aptidão para despertar a responsabilidade civil do fornecedor em relação ao consumidor, abarcando tanto os vícios quanto os fatos do produto e do serviço.

⁶⁸ Um ponto que sempre desperta debate nos estudos de Direito do Consumidor é, justamente, delimitar qual seria o conceito de consumidor mais ajustado ao art. 2º da Lei nº 8.078/1990. Registra-se a existência das seguintes teorias: 1) Teoria finalista ou subjetiva, que considera como consumidor a pessoa que adquire o bem ou o serviço para a sua própria utilização, sem a sua reintrodução no mercado, razão pela qual é considerado como o destinatário final fático; 2) Teoria maximalista ou objetiva, que considera consumidor toda pessoa que adquire bens ou serviços, independentemente da finalidade, desde que o adquirente seja caracterizado pela sua situação de vulnerabilidade em relação ao seu parceiro negocial; e, 3) Teoria finalista mitigada, que, em síntese, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também utiliza este conceito de consumidor, como restou assentado no precedente extraído do julgamento do REsp 1.195.642/RJ, paradigmático sobre a questão.

fosse aplicável, indistintamente, a todas as relações jurídicas, uma vez que ela partia de um claro pressuposto: a displicência de um parceiro contratual mais forte em relação ao outro, que é vulnerável na solução de um problema havido no produto ou no serviço que foi negociado. Era necessária a convergência dos seguintes fatores: a) partes em situação de desequilíbrio; b) a operação onerosa ou gratuita de uma utilidade, que poderia ser um produto ou um serviço; c) problema no produto ou serviço; e, d) desrespeito em relação à parte vulnerável na solução da questão que por ela é apresentada.

Dessa maneira, qualquer aplicação da teoria do desvio produtivo que transborde os limites das relações de consumo – tal como pretende a presente pesquisa – demanda especial cuidado na verificação quanto à possibilidade de adaptar, em especial, os seus requisitos à nova hipótese de incidência.

É possível, ao pensar o dano e as suas diversas categorias dentro da teoria da responsabilidade civil, estabelecer que a ideia de desvio produtivo se preocupa com o tempo como um bem jurídico das pessoas, digno de proteção pelo ordenamento jurídico, inclusive para a imposição de um dever reparatório específico. Segundo Dessaune (2022, p. 50), nas relações de consumo, o fornecedor assume uma obrigação implícita de liberar os recursos produtivos do consumidor, para que ele tenha a possibilidade, de acordo com o seu livre-arbítrio, de empregar o seu tempo da forma como melhor atender aos seus projetos pessoais.

O dever de zelar pelo tempo do parceiro negocial se consubstancia como uma verdadeira obrigação acessória devida pelo fornecedor do produto ou do serviço ao consumidor, sendo certo que, em quaisquer hipóteses em que uma conduta daquele – notadamente a desídia em solucionar um problema, mas nada impede que isso possa ocorrer a partir de outro cenário fático – acarrete que este tenha, de qualquer maneira, desperdiçados os seus recursos produtivos, haverá um dano pela violação positiva do contrato⁶⁹.

O tempo tutelado pela teoria engloba, seguindo a diferenciação apresentada por Guglinski (2015, p. 125-156), o tempo útil, assim considerado aquele empregado pelo indivíduo para o desempenho de suas atividades cotidianas, e o tempo livre, concebido

⁶⁹ A violação positiva do contrato é uma teoria que surge a partir do momento em que a obrigação passa a ser compreendida de forma sistemática, ou seja, como um conjunto de deveres recíprocos assumidos pelos envolvidos na relação negocial com o intuito de que esta possa realizar as suas funções, econômica, social e jurídica. De acordo com a clássica obra de Menezes Cordeiro (2013, p. 595) a violação positiva do contrato refere-se “aos casos, na prática numerosos, em que o devedor viole a adstrição através duma actuação positiva, isto é, fazendo o que devia omitir ou efectuando a conduta devida, mas em termos imperfeitos.”

como aquele destinado a quaisquer atividades, sem vínculos ou predeterminações. Pouco importa se o tempo tomado ilegitimamente da pessoa era destinado à realização de uma atividade profissional, acadêmica, de convívio com a família ou, simplesmente, de ócio, na medida em que a dignidade pressupõe a liberdade de decidir quanto ao emprego da própria existência para a realização dos projetos delineados para a vida. Esse elemento, inclusive, afasta o desvio produtivo da perda de uma chance como categoria específica da responsabilidade civil, isso porque, o que se dá é a tutela do simples direito de empregar, com liberdade, o próprio tempo, concebendo-se como um interesse em si mesmo, não sendo necessário demonstrar que, por conta disso, sofreu algum prejuízo potencial pelo desprezo à outra atividade.

Essa maneira de abordar a teoria do desvio produtivo, que assegura uma maior proteção à pessoa que tem o seu tempo subtraído por um terceiro, é mais adequada do que aquela sustentada por Silva Neto (2015, p. 145), que defende a criação de uma obrigação de reparação apenas naqueles casos em que se tratar da perda de um tempo útil. A crítica feita a essa visão, apesar de sua solidez argumentativa, justifica-se pelo fato de que a tutela da existência decorrente da dignidade da pessoa não se preocupa com a maneira como será desfrutada a existência, seja a partir de uma atividade que possa gerar frutos avaliáveis do ponto de vista econômico, seja pelo lazer com aqueles que são mais caros ao indivíduo, ou pelo descanso. Adotando-se esse caminho acaba sendo colocada uma dificuldade em diferenciá-la da perda de uma chance, enquanto a sua singularidade, como já anunciado há algumas linhas, é a proteção do domínio do próprio tempo como uma capacidade existencial.

Com a capilarização do debate acerca da relevância do tempo para a existência da pessoa, permitindo que ela decida a que atividades se dedicar para melhor atender aos seus projetos particulares, observa-se o surgimento de projetos de lei que versam sobre esse tema. Em outras palavras, o debate iniciado na academia alcança os espaços de poder constituído e passa a ser normatizado.

Apresentado em abril de 2014 pelo Deputado Federal Carlos Souza, o Projeto de Lei n. 7.356/2014 propunha a inclusão de um parágrafo único ao art. 6.º da Lei n. 8.078/1990, determinando que “a reparação pelos danos morais ressarcirá também a perda do tempo livre pelo consumidor”. A justificativa oferecida pelo parlamentar para o projeto baseava-se na percepção de que, embora o texto constitucional previsse a plena reparação do consumidor como um dos mecanismos fundamentais da política de proteção a ser

implementada pelo Estado, a deficiência estrutural dos órgãos de proteção ao consumidor frequentemente inviabilizava a submissão de inúmeros vícios, defeitos ou fatos decorrentes do produto ou serviço adquirido à solução administrativa ou jurisdicional. Esse cenário, por sua vez, incentivava os fornecedores a agir com negligência e, conseqüentemente, a subtrair do consumidor o tempo necessário para o enfrentamento da questão.

Quando se observa o texto do Projeto de Lei, é irresistível reconhecer a sua semelhança com a tese elaborada na academia alguns anos antes, na medida em que: a) parte do pressuposto de que os consumidores continuam sendo negligenciados em suas reclamações pelos fornecedores, mesmo diante da imposição constitucional de que quaisquer atividades econômicas, em sua exploração, sejam pautadas pelo vetor da defesa do consumidor, o que inclui, naturalmente, um dever de cuidado; b) reconhece a necessidade de que a reparação por eventuais prejuízos nas relações de consumo seja plena, inclusive, para englobar situações existenciais que até bem pouco tempo não eram imaginadas; c) afirma a impossibilidade de os órgãos administrativos de defesa do consumidor atuarem de maneira a retirar diversas reclamações das cifras negras; e, d) destaca a necessidade de que a perda do tempo produtivo seja valorada como um bem escasso à disposição do consumidor para a realização dos seus projetos de vida.

Muito embora esse concerto entre a academia e a proposta de edição de uma lei para prever, de forma expressa, a necessidade de considerar o tempo perdido no momento da fixação da verba compensatória por danos morais – ignorando a autonomia do dano pelo desvio produtivo, é bom destacar – tenha se materializado, durante a sua tramitação, por uma proposta do Deputado Federal Paes Landim, o Projeto de Lei n.º 7.356/2014 acabou apensado ao Projeto de Lei n.º 5.017/2013, sob o argumento de que este estaria com trâmite mais adiantado e de que essa providência seria a mais vantajosa para que o tratamento das questões afetas ao consumidor fosse unificado. Ocorre que, mesmo passado tanto tempo, o que se vê é que esse segundo Projeto de Lei não teve qualquer avanço e, com isso, nada se disse especificamente quanto ao desvio produtivo do consumidor.

No cenário regional e local a situação legislativa está mais avançada. No estado do Rio de Janeiro a Lei Estadual n. 4.223/2003 estabelece um limite de tempo para que o cliente seja atendido na agência que varia de 20 a 30 minutos. No município do Rio de Janeiro, a Lei Municipal n. 5.254/2011 traz uma regulamentação semelhante. O mesmo se diga na Lei Municipal n. 2.624/2008 nos limites da cidade de Niterói.

É importante mencionar, em que pese esta questão volte a ser abordada de forma mais aprofundada no tópico 3.4, que em 2024 registrou-se o ressurgimento de uma mobilização no Congresso Nacional para incluir, dessa vez a partir de um Projeto de Lei que pretende modificar o Código Civil brasileiro, a possibilidade de imposição da obrigação reparatória em virtude da ocorrência de dano temporal.

Mesmo diante deste cenário, em que a providência legislativa de positivação do desvio produtivo no Código de Defesa do Consumidor não passou de um instante efêmero, o tema continuou sendo desenvolvido nos espaços acadêmicos. Como referencia Bergstein (2019, p. 87), por ocasião do XIII Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, realizado em 2016, os debates culminaram na aprovação de uma tese que afirmava a necessidade de que os fornecedores, ao agirem de forma a subtrair o tempo do consumidor para a solução de um problema relacionado ao produto ou serviço adquirido, deveriam arcar com o pagamento de uma verba indenizatória, autônoma e cumulável com outras verbas, como, por exemplo, o dano moral.

E quanto ao Poder Judiciário? Apesar da peremptória afirmação, no bojo da justificativa do extinto Projeto de Lei n. 7.356/2014, de que o sistema de proteção aos consumidores⁷⁰ não seria capaz de absorver todas as demandas, o que se percebe é que a consciência da população em torno da necessidade de se exigir forçadamente os seus direitos como um caminho necessário para o incremento da cidadania tem crescido exponencialmente, fazendo com que o tema do desvio produtivo chegasse aos Tribunais. Como se verá, inclusive mais de uma vez, o assunto já chegou ao Superior Tribunal de Justiça.

De início, o que se viu foi uma resistência por parte dos juízes em reconhecer que o dano temporal do consumidor é passível de indenização pelo fornecedor do produto ou do serviço que deu causa. O principal fundamento para rechaçar o reconhecimento do dano causado pelo desvio produtivo do consumidor era que essa perda de tempo seria um mero

⁷⁰ Considera-se, neste trabalho, que os Programas de Proteção e Defesa do Consumidor, o Procon, a Defensoria Pública, o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil formam, de maneira integrada e estratégica em suas ações voltadas ao atendimento dos consumidores, um sistema de proteção que busca, em última análise, efetivar os direitos estabelecidos na Lei nº 8.078/1990 e nas demais normas que compõem o seu microssistema. Naturalmente, é de se observar que cada um deles assumirá uma tarefa específica: a Defensoria Pública ficará voltada aos litígios individuais e às ações coletivas que beneficiem, prioritariamente, pessoas em situação de vulnerabilidade econômica; o Ministério Público, especialmente na tutela coletiva dos interesses dos consumidores; o Procon, com destaque na atuação administrativa e, principalmente, na realização de ações episódicas que reúnam fornecedores e consumidores em prol da solução pacífica dos conflitos; e a Ordem dos Advogados do Brasil, por meio do trabalho desenvolvido pelos escritórios-modelo das diversas faculdades de Direito.

aborrecimento do cotidiano e que, portanto, não seria suficiente para gerar um abalo psicológico digno de ensejar um dano moral.

Na realidade, esse entendimento de que o dano moral pressupõe a ocorrência de um abalo emocional significativo – que há muito não encontra qualquer esteio na doutrina –, além de não assumir qualquer pertinência com o dano temporal por estar fulcrado no desperdício da existência da pessoa, revela-se como uma espécie de jurisprudência defensiva⁷¹, com o intuito de evitar que todo aquele que é imposto a desviar-se de suas atividades pessoais para solucionar um problema de consumo recorra ao Poder Judiciário para receber a justa indenização pelo prejuízo experimentado.

Em tempos mais recentes, o que se vê é que os Tribunais de Justiça dos Estados, de forma geral, passaram a reconhecer a tese do desvio produtivo do consumo para a imposição da obrigação de indenizar. Já foram enfrentadas as seguintes hipóteses:

a) O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁷² já decidiu em favor do consumidor que teve debitados dos créditos, inseridos por ele para a utilização do telefone móvel, dois valores referentes a um jogo que havia sido adquirido, mas que, por questões relacionadas à própria empresa, jamais foi utilizado.

b) O mesmo Tribunal⁷³ decidiu que a perda de tempo do consumidor, que precisa dedicar-se a solucionar o problema decorrente de uma cobrança a maior por companhia de telefonia, deve ser indenizada pelo desvio produtivo.

c) O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁷⁴ julgou, com base na teoria do desvio produtivo, uma ação indenizatória na qual uma consumidora, acometida por grave enfermidade na coluna e que teve como recomendação médica a redução de esforço físico ao máximo, não teve solucionado o problema em sua máquina de lavar roupas nova, adquirida com esse único intuito, deixando explícito no corpo do Acórdão que o tempo desperdiçado para a solução de problemas impostos pela leniência do fornecedor deve ser indenizado.

⁷¹ O conceito de jurisprudência defensiva, seguindo a trilha de Vaughn (2016), representa uma decisão judicial que adota parâmetros de admissibilidade ou formais mais rigorosos, de tal maneira que o direito material que dá ensejo à pretensão acaba ficando à margem de apreciação, com vistas a evitar que a atividade judiciária seja dificultada ou até mesmo inviabilizada pelo grande número de processos que tramitam atualmente.

⁷² A decisão foi proferida pela 25ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no processo nº 0080014-13.2017.8.19.0004.

⁷³ A decisão foi proferida pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no processo nº 0023805-56.2012.8.19.0066.

⁷⁴ A decisão foi proferida pela 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no processo nº 0007852-15.2010.8.26.0038.

d) O Tribunal de Justiça Paulista⁷⁵ também entendeu existir dano indenizável por parte da instituição bancária que nega ao seu correntista, em avançada idade e com graves problemas de saúde, acesso aos seus recursos financeiros de maneira célere, mesmo quando o procurador regularmente constituído dirige-se a uma agência bancária munido do documento de procuração, impondo entrave burocrático injustificável. Nesse caso, a situação é especialmente clara no que toca ao dano temporal, uma vez que o voto condutor do Acórdão justificou o dano com base na demora imposta pela instituição financeira ao fazer exigências desnecessárias, que apenas dificultaram o acesso do correntista aos valores por ele mantidos ali depositados.

É importante, outrossim, investigar a posição do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria. Isso se justifica não apenas pela posição de proeminência da Corte Superior em matéria infraconstitucional, mas, sobretudo, pelo fato de que a sua compreensão acerca da teoria do desvio produtivo e da possibilidade de configuração de eventual responsabilidade do fornecedor é, no mínimo, peculiar. Como bem destacam Rosa e Maia (2019, p. 42): “Curiosamente, o STJ tem admitido a tutela do tempo humano no seio do dano moral coletivo, negando, contudo, a lesão individual”, o que sinaliza, senão um comportamento paradoxal, ao menos uma arriscada tomada de decisão na direção de um modelo defensivo das Cortes, destinado a evitar que o exercício de suas competências seja inviabilizado pelo ajuizamento de demandas em quantidade incompatível com o seu tempestivo julgamento. Essa orientação, contudo, deixa desguarnecidos os indivíduos no acesso a uma ordem jurídica justa, assim concebida aquela que não deixa à margem de apreciação a lesão a qualquer interesse juridicamente relevante. Não há, sob nenhuma ótica que se empregue na avaliação da hipótese, argumento jurídico robusto o suficiente para reconhecer que o tempo, se tomado em sua dimensão coletiva, constitui um valor relevante, mas, compreendido individualmente, não seja passível de proteção pelo Poder Judiciário.

De fato, a impressão quanto ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça dada pelos autores citados é compartilhada por essa pesquisa, isso porque não há qualquer justificativa, com base na razão lógica, que permita compreender que, em uma ação de natureza coletiva, o desvio produtivo rende ensejo à reparação que acaba dirigida a um dos fundos para os quais se destinam as quantias estabelecidas nas sentenças de procedência, enquanto, na tutela individual, quando o valor será destinado à vítima da conduta lesiva, é

⁷⁵ A decisão foi proferida pela 8ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no processo nº 0022332-16.2010.8.19.0032.

negado o mesmo direito. O tempo da pessoa que é tutelado pelo ordenamento jurídico tem importância não apenas quando está inserido em um processo de natureza transindividual, mas, da mesma forma, nos processos individuais. Pouco importa o método da tutela jurisdicional, individual ou coletiva; o que tem valor em qualquer processo é o direito material nele presente, no caso específico, a proteção do tempo do indivíduo.

O julgamento do Recurso Especial nº 1.647.412/RO reflete bem o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à possibilidade de condenação do fornecedor pelo dano temporal em um processo individual ajuizado pelo consumidor lesado. O fundamento utilizado é o de que o desvio temporal, nestes casos, “é mero desconforto que não tem o condão de afetar direito da personalidade, isto é, interferir intensamente no equilíbrio psicológico do consumidor do serviço”. É o que se disse há algumas linhas ao mencionar que o dano temporal é visto como um mero aborrecimento do cotidiano e surge em diversos arestos, como por exemplo, no Recurso Especial nº 1.406.245/SP, no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 357.188/MG e no Recurso Especial nº 1.662.808/MT.

Um precedente que deve ser analisado nesse contexto das ações individuais que versam sobre o desvio produtivo do tempo do consumidor é aquele obtido a partir do Acórdão do Recurso Especial nº 1.962.275/GO, objeto do Tema Repetitivo nº 1.156. A tese jurídica firmada pela Corte Superior foi a seguinte: “O simples descumprimento do prazo estabelecido em legislação específica para a prestação de serviço bancário não gera por si só dano moral ‘in re ipsa’.” Em uma leitura menos atenta, ao que parece, nesse julgamento o Tribunal teria ratificado a posição que já estava consolidada na sua jurisprudência para afastar a possibilidade de aplicação da teoria nas ações individuais.

Da análise do voto condutor⁷⁶, redigido pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, o que se observa, na realidade, é uma ligeira alteração na visão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Ao invés de negar, peremptoriamente, a possibilidade de que o fornecedor seja condenado a compensar o consumidor pelo tempo desperdiçado no fornecimento em desconformidade do produto ou do serviço, o julgado entendeu por bem admitir a possibilidade, desde que a vítima consiga “demonstrar o dano concreto sofrido”. O que se vê é que a jurisprudência afasta a incidência concomitante das teorias do desvio

⁷⁶ É importante dizer que o julgamento não se deu com resultado unânime, razão pela qual, é necessário enfatizar o voto da Ministra Nancy Andrighi, que tem se revelado em suas manifestações especialmente atenta à necessidade de se consolidar a teoria do desvio produtivo, no qual reconheceu a existência de dano indenizável no caso concreto fazendo incidir na tutela individual o dano temporal.

produtivo e do dano “in re ipsa”⁷⁷, o que não inviabiliza a responsabilidade civil do fornecedor pelo dano temporal, desde que a demora no atendimento seja absolutamente desproporcional, e, mais do que isso, o lesado pela conduta consiga argumentar a experiência do seu prejuízo extrapatrimonial.

Se, por um lado, é interessante perceber que o Superior Tribunal de Justiça parece ficar cada vez mais permeável à teoria do desvio produtivo, por outro lado, o julgamento do Tema Repetitivo nº 1.156 traz um grau de insegurança acentuado para os consumidores que pretendem submeter a apropriação do seu tempo pelo fornecedor a uma demanda judicial, na medida em que há um grande espaço de subjetivismo⁷⁸ no precedente. Ao remeter a possibilidade de responsabilização do fornecedor pelo desvio produtivo a uma verificação de proporcionalidade, fica ausente um parâmetro mínimo que permita o controle da decisão judicial, na medida em aquilo que pode significar uma espera desarrazoada para uns não será, necessariamente, o mesmo para outros, o que torna recomendável, ao menos, a fixação de um critério objetivo que traga às relações sociais a esperada segurança jurídica.

É interessante, talvez preocupante, perceber que, se a responsabilidade civil tem assumido, como instituto jurídico comum ao direito privado e ao direito público, uma nítida preocupação com o indivíduo, notadamente com aqueles considerados vulneráveis em relação ao causador do dano, estabelecendo, nesse sentido, novos parâmetros para viabilizar que prejuízos não permaneçam à margem da plena reparação, o Superior Tribunal

⁷⁷ A teoria do dano “in re ipsa” pretende enfrentar a questão relativa à comprovação do dano moral que é alegado pela vítima, isso porque, o caráter imaterial do bem afetado não permite, tal qual ocorre no dano material, a demonstração a partir de uma simples aferição da redução patrimonial decorrente da incidência da conduta apontada como lesiva. Cavalieri Filho (2010, p. 90) explica de forma didática: “Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia. (...) Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está insito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum.”

⁷⁸ Existem diversas pesquisas de fôlego que tratam sobre o modelo de decisão do Poder Judiciário brasileiro, sendo certo que, em diversas delas, é mencionado o subjetivismo como um grave problema de legitimidade democrática de um poder que deve desempenhar um papel contramajoritário e que se apoia no desempenho de uma atividade técnica. Neste ponto, o subjetivismo, compreendido como a decisão cujos fundamentos não são elaborados a partir de um modelo de racionalidade jurídica, mas com base em aspectos pessoais do julgador – um exemplo claro disso é quando se verifica nas decisões o recurso a valores morais do julgador ou, ainda pior, quando, em detrimento do arcabouço probatório construído na fase instrutória, opta-se por lançar mão do “a meu sentir” –, é diagnosticado por Rodriguez (2013, p. 70): “Sob a aparência de direito, portanto, podem ser tomadas decisões meramente arbitrárias, ou seja, que não se pode reconstruir racionalmente.”

de Justiça, ao menos no tocante à livre disposição do tempo pela pessoa, tem adotado um direcionamento absolutamente distinto. Isso se verifica, em primeiro lugar, quando a Corte se manifesta no sentido de que a indenização tem sede tão somente nos processos coletivos⁷⁹, e não nas ações individuais, limitando um direito à via processual pela qual ele possa ser exigido. Em segundo lugar, quando afasta a aplicação da teoria do dano *in re ipsa*, o que representa um obstáculo à satisfação reparatória, pela imposição da demonstração de um prejuízo que, muitas vezes, é de difícil comprovação, contrariando a centralidade do dano injusto na responsabilidade civil contemporânea.

Em relação à tutela do desvio produtivo a partir das técnicas coletivas, destaca-se o julgamento do Recurso Especial nº 1.737.412/SE, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, a partir de uma Ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de Sergipe, enfrentando a hipótese da demora no atendimento dos consumidores nas agências bancárias daquele estado. O voto condutor do resultado aborda, de forma explícita, o motivo pelo qual se acolhe o dano temporal transindividual: segundo a Ministra relatora do processo, o dano coletivo seria distinto do individual, não representando o mero somatório destes, mas relacionado “aos valores fundamentais da comunidade, que refletem, no horizonte social, o alcance coletivo da dignidade de seus membros e o padrão ético dos indivíduos que a compõem”.

É possível dizer, assim, que aquilo que se extrai da compreensão do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria é que o desvio temporal é passível de reconhecimento nas ações coletivas pelo fato de que, submetido a esse modelo específico de tutela jurisdicional, o que se considera como um bem passível de indenização é a violação dos valores éticos da coletividade, algo distinto do que ocorre na tutela individual, quando o que se considera é a perda do tempo do autor da ação. Em outras palavras, o desvio produtivo passível de indenização é aquele ligado aos valores sociais e não como um interesse jurídico do indivíduo passível de eventual indenização.

Da mesma maneira que o entendimento pretoriano reconhece que o tempo desperdiçado configura situação passível de indenização em ação coletiva, por ser

⁷⁹ O mais preocupante, neste ponto, é que as ações coletivas, como se sabe, não estão à livre disposição dos indivíduos, ainda quando se trate de direito individual homogêneo, hipótese em que fica mais evidenciado o grupo individualizado a ser protegido pelo ordenamento, mas permanecem adstritas às situações em que os legitimados extraordinários atuam. É o caso, por exemplo, da ação civil pública, tratada pela Lei n. 7.347/1985, cuja legitimidade ativa é restrita a determinados sujeitos institucionais que possuem discricionariedade técnica para avaliar se há, ou não, hipótese para o seu ajuizamento. Essa situação, em que a vítima depende da atuação do legitimado extraordinário, amplifica a sua fragilização, haja vista que a tutela do seu direito dependerá de um terceiro, ainda que se trate de agente institucional.

concebido como valor social relevante, não se mostra juridicamente coerente impedir que o indivíduo, que dele depende existencialmente para a realização dos seus projetos pessoais, possa socorrer-se do Estado-Juiz por meio de uma via processual individual.

Neste cenário, o que se tem é a construção da teoria do desvio produtivo, no início dos anos 2000, a partir de diversos ensaios acadêmicos, com destaque para a obra de Marcos Dessaune, sendo certo que, desde então a hipótese tem sido investigada em diversos vieses e cada vez com mais frequência. O debate chegou ao Poder Legislativo e, apesar de ter sido profícua a produção no âmbito dos municípios e dos estados, o que se vê é uma incômoda ausência de tratamento na seara federal, o que provoca um tratamento distinto em um país de dimensões continentais. No Poder Judiciário o que se percebe, paulatinamente, é o reconhecimento de que o dano temporal vivenciado pelo consumidor deve ser objeto de plena reparação pelos fornecedores, o que tem esbarrado, infelizmente, em construções defensivas pautadas, teleologicamente, na necessidade de se impedir que a atividade jurisdicional acabe inviabilizada por uma enxurrada de demandas individuais provocadas pelo reiterado desrespeito aos consumidores na solução das questões que são por eles apresentadas aos seus parceiros comerciais.

2.3.2 O conceito de dano por desvio produtivo

Como já foi destacado, em um trabalho cujo objetivo é verificar a aplicabilidade da teoria do desvio produtivo às relações que se estabelecem entre a Administração Pública e o particular em torno de uma atividade administrativa determinada, uma vez percorrido o caminho desde a origem até a consolidação da tese, é essencial estabelecer a conceituação que será utilizada daqui por diante.

Até aqui, restou bem delineado o escopo da teoria do desvio produtivo, qual seja, a responsabilização do fornecedor de um produto ou do prestador de um serviço que, em vez de potencializar os recursos produtivos do consumidor, mediante a sua liberação em relação a certas atividades, o que constitui a razão última de qualquer contratação, impõe, de maneira intencional ou desidiosa, que ele dedique parte do seu tempo existencial à solução de um problema criado exclusivamente por aquele. Contudo, é a partir da conceituação do instituto que será possível determinar sua natureza jurídica e decompor cada um de seus elementos, a fim de segmentar os requisitos que permitem sua incidência no caso concreto.

2.3.2.1 O conceito que se consolida na doutrina

Apesar de uma produção acadêmica, com inegável qualidade, que se avoluma desde que a teoria do desvio produtivo do consumidor foi introduzida na experiência brasileira, é necessário estar atento, ao debater qualquer tema correlato a esta matéria, ao produto do trabalho de Marcos Dessaune. Isso porque a ele é atribuído⁸⁰ o pioneirismo da tese para aplicação às relações consumeristas e, dessa maneira, o trabalho por ele desenvolvido é marcado pelo traço da originalidade.

Em sua obra dedicada ao estudo dos diversos vieses da teoria do desvio produtivo, em especial nos capítulos “Gênese do Desvio Produtivo do Consumidor” e “Conclusão da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor”, Dessaune (2022, p. 17-19 e p. 293-305) estabelece o conceito para o fenômeno que por ele foi introduzido nas letras jurídicas brasileiras. Inobstante essa análise aprofundada, também é importante estar atento ao artigo publicado por Dessaune (2019, p. 15-31) no periódico da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Com a análise desses dois trabalhos, é possível compreender o sentido da teoria para o autor.

Ocorre que, como dito, há diversos outros autores que, a partir das provocações de Marcos Dessaune, também lançaram o seu olhar para a necessidade de se tutelar o tempo do consumidor e que devem ser analisados.

O desvio produtivo do consumidor, segundo Dessaune (2022, p. 18) é:

um problema de consumo criado pelo fornecedor, que se omite ou se recusa a solucioná-lo voluntaria, tempestiva e efetivamente, o consumidor carente e vulnerável é levado a despendar uma parcela do seu tempo, a se desviar das suas atividades cotidianas e, muitas vezes, a assumir deveres e custos do fornecedor para enfrentar o problema que lhe foi imposto.

Todas as vezes que, em uma relação típica de consumo, o produto ou o serviço entregue apresentar um defeito que demande uma intervenção do fornecedor e, após ter sido cientificado pelo consumidor a respeito de tal circunstância, não atuar de forma adequada para solucionar a questão apresentada, acaba por agir de maneira antijurídica, na medida em que obriga o seu parceiro negocial, em condição de vulnerabilidade presumida, a deslocar os seus esforços para enfrentar o impasse e usufruir daquilo que foi por ele adquirido.

⁸⁰ A Ministra Nancy Andrighi, em seu voto condutor no julgamento do Recurso Especial nº 1.634.851/RJ, reconhece a vanguarda de Marcos Dessaune no tratamento sobre a questão e, em uma notícia publicada em 26 de fevereiro de 2022, na página oficial do Superior Tribunal de Justiça na internet, consta que “precursor do estudo do tema no Brasil, o jurista Marcos Dessaune descreve, no artigo ‘Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: um panorama’ (disponível em edição da revista Direito em Movimento, da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro)”. Além disso, é frequente esse reconhecimento nos artigos que foram publicados até aqui sobre a teoria do desvio produtivo.

Se o consumidor adquire um produto ou contrata um serviço, no mais das vezes, para, a partir de sua utilidade, garantir melhor aproveitamento produtivo⁸¹ do seu tempo, soa absurdo que o próprio negócio seja, justamente, a fonte da qual se origina o dano existencial.

Como enfatiza Dessaune (2022, p. 302), o que se tutela a partir dessa teoria é o desvio do tempo do consumidor e não a proteção de seu tempo útil, isso porque, “classificar o tempo de útil implicaria reconhecer que existe algum tempo inútil na vida humana, o que é inconcebível”. O que a teoria por ele trabalhada propugna é a reparação por parte do fornecedor de produtos e serviços nos casos em que o consumidor for obrigado a desviar-se das atividades convergentes ao seu projeto de vida, sejam elas relacionadas ao desempenho profissional ou ao convívio com familiares e amigos, por exemplo.

Ao elaborar seu conceito, o autor lança mão de diversos argumentos que já foram abordados neste trabalho, mas dá especial ênfase ao dever implícito que todos os fornecedores de produtos e serviços assumem de atuar de forma a liberar os recursos produtivos do consumidor, o que decorre, dentre outros fatores, do alto grau de especialização da sociedade contemporânea e da constatação de que, ao adquirir algo que facilite o seu dia a dia, a pessoa pretende, dessa maneira, estar livre.

Há autores, como é o caso de Borges e Vogel (2022, p. 104), que compreendem a teoria sob o viés da “supressão temporal”, uma vez que a aplicação da teoria pressupõe que o consumidor seja obrigado a empregar o seu tempo na solução de um problema que não foi por ele criado e, dessa forma, acaba impedido de utilizar o seu tempo como melhor lhe aprouver. Como se verá em momento oportuno, esse sentido não é utilizado no presente trabalho, isso porque, vale dizer desde já, em situações que demandam um apuro técnico extremo e a máxima dedicação para que o interessado obtenha êxito em sua tarefa – como é o caso de um aspirante a cargo público que investe o seu tempo de estudo a apreensão do conteúdo necessário para um determinado certame –, a simples capilarização dos recursos produtivos em duas ou mais operações simultâneas já consubstancia o desvio indenizável.

⁸¹ Até aqui, ao enfrentar o conceito de desvio produtivo, tem-se estabelecido uma crítica severa à sua vinculação com a utilidade. Neste ponto, para que a pesquisa não incorra, ao menos em aparência, em um discurso paradoxal, é necessário esclarecer que a expressão produtividade não é aqui empregada em acepção estritamente econômica, isto é, como simples relação entre o resultado útil obtido em determinada atividade produtiva e o conjunto de recursos mobilizados para a sua realização, nem como mera medida de eficiência destinada a verificar em que medida fatores como trabalho, capital, tecnologia, organização, tempo e conhecimento são convertidos em bens, serviços ou valor econômico. A opção, aqui, é pela ideia de produtividade em sentido existencial, compreendida como a redução da quantidade de tempo destinada a uma atividade, de modo a viabilizar que o excedente temporal seja empregado em qualquer outra finalidade escolhida pelo sujeito, inclusive o ócio.

Com o intuito de permitir um desfecho restritivo para a aplicação da teoria, Dessaune (2022, p. 302) rechaça que o desvio produtivo seja confundido como uma espécie de desvio de tempo útil. Isso porque, segundo ele, a tese busca tutelar a existência humana e, nessa medida, caso fosse atrelado o dever reparatório à utilidade com que a pessoa emprega o seu tempo, significaria dizer que há uma existência mais valiosa do que outra, o que, sob o ponto de vista axiológico, é impossível de ser sustentado. O tempo que se pretende resguardar é aquilo que se denomina tempo vital ou existencial.

Na verdade, atrelar a tese do desvio produtivo à demonstração de que ela somente deveria ser aplicada quando o lesado conseguisse comprovar que poderia ter investido aquele tempo em outra atividade útil significaria, ainda que por via oblíqua, desvirtuar a teoria e comprometer o seu potencial emancipatório em relação à dignidade da pessoa. Isso porque tal exigência atribuiria a um terceiro, o juiz, por exemplo, a possibilidade de dizer, ainda que para impor a responsabilidade a outrem, como a pessoa deveria investir a sua própria existência, quando, em realidade, o que se busca é exatamente o oposto: reafirmar a autonomia de cada indivíduo para desfrutar do seu tempo como melhor lhe aprouver.

2.3.2.2 O conceito do fenômeno explorado na tese

Na medida em que a pretensão deste trabalho é contribuir, de alguma forma, para o fomento do debate em torno da aplicação da teoria do desvio produtivo, a partir da verificação quanto ao cabimento da sua aplicação às atividades administrativas como espécie peculiar de manifestação da vontade do Estado, é preciso evidenciar, para esta finalidade, o conceito que será empregado para a avaliação, o que demanda, dada a complexidade do tema, a necessidade de que se aborde, inicialmente, o local em que o instituto se encontra na ciência do Direito para, posteriormente, buscar delinear, em linhas gerais, o conceito da teoria.

O primeiro passo para que se possa estabelecer o conceito de qualquer instituto da ciência do Direito é buscar, a partir de sua função e de suas características essenciais, qual a natureza jurídica que poderá ser a ele atribuída.

Não se trata, ao contrário do que se pode pensar, de uma preocupação estéril, mas que descortina uma das questões mais essenciais para endossar sua aplicação a hipóteses determinadas para as quais não se havia pensado originariamente, tal como pretende analisar a presente tese no que tange às atividades administrativas e à teoria do desvio produtivo, tendo sido esta elaborada para incidir nas relações de consumo.

A partir do momento em que se desvenda a natureza jurídica de um instituto, torna-se viável a atividade hermenêutica, de tal maneira que as hipóteses de anomia sejam superadas pelos métodos de integração, com o emprego de normas criadas para institutos que sigam a mesma catalogação, solucionando eventuais conflitos normativos aparentes, ainda que negativos.

A definição encontrada na doutrina dá uma clara indicação quanto à natureza jurídica do instituto. Como se vê, tanto naquela que é apresentada por Dessaune (2022, p. 18) quanto naquelas que se seguiram após a disseminação da teoria no cenário acadêmico, o que se busca introduzir é uma nova espécie de dano, que poderia ocorrer, a princípio, nas relações de consumo, baseada na subtração do tempo daquele que deveria ter seus recursos liberados pela contratação de um produto ou serviço disponibilizado por um fornecedor desidioso na solução de um problema.

A sua pretensão é simples, mas desafiadora ao mesmo tempo: a partir da compreensão de que o tempo é um valor jurídico que precisa ser protegido por um ordenamento jurídico coadunado com a prevalência da dignidade da pessoa, haja vista que, sem o poder para definir as atividades que serão desempenhadas, o sujeito tem restringida a sua existência, busca-se alterar um cenário em que o desvio produtivo é concebido como um mero dissabor. É o que afirmam Borges e Vogel (2022, p. 104-105): “as mudanças políticas, sociais e econômicas à sociedade do consumo e da informação fizeram, o tempo que dispõe cada indivíduo, ganhar um papel de destaque no ordenamento jurídico”.

Remontando à trajetória jurídica brasileira e, principalmente, à compreensão jurisprudencial sobre a responsabilidade civil, é possível dizer que não se trata de uma tarefa impossível de ser atingida. Foi o que se observou no debate em torno da possibilidade de cumulação de verbas compensatórias por danos morais e danos estéticos.

O dano estético, em suma, é aquele que decorre da transformação duradoura no tempo sobre o corpo do ser humano.⁸² De início foi rejeitada, e, por muito tempo permaneceu dessa maneira, a possibilidade de convivência das verbas compensatórias por danos morais e pelos danos estéticos sofridos pela pessoa. Mergulhão (2014, p.185) se refere, a partir da pesquisa realizada por ocasião do artigo por ela publicado sobre os contornos da reparação civil dos danos em espécie, que vozes se levantavam para sustentar

⁸² É muito comum encontrar o dano estético ligado à ideia de “enfeamento” a partir de uma lesão sofrida pela vítima, mas, vale dizer, não é adequado estabelecer esse tipo de relação, na medida em que é equivocado aproximar um conceito vindo da arte, como é a ideia de ‘belo’, introjetando-o na definição jurídica do dano estético, como transformação da integridade física.

a impossibilidade de cumulação do dano estético com o dano moral, sob pena de concretização do *bis in eadem*, haja vista que, prevalecia a teoria da unidade do dano moral.

Se o reconhecimento da necessidade de reparação do dano moral surge, com mais intensidade no cenário pós-Constituição Federal da República de 1988, apenas em agosto de 2009 esse cenário foi alterado: o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 387 que, em seu enunciado, reconhece que é possível, por conta de um mesmo evento danoso, que a pessoa seja condenada a ressarcir o outro tanto em relação ao dano moral, quanto em relação ao dano estético, uma vez que ambos não se confundem. O fundamento adotado pela Corte Superior para marcar o novo posicionamento era o de que, se for possível identificar de forma individualizada o dano estético experimentado pela vítima, não há que se falar em dupla incidência de sanção em virtude do convívio com a condenação ao pagamento dos danos morais, na medida em que não se confundem as suas causas.

Esse caso deixa evidente que a responsabilização civil por danos extrapatrimoniais está em franca evolução no Direito brasileiro, com o reconhecimento gradativos de novos bens jurídicos que são dignos da proteção do ordenamento a partir da eventual responsabilização civil do autor de um fato que causa prejuízo, ainda que intangível.

O que se observa, como já foi destacado em outro trecho deste trabalho, é que o desvio produtivo e a subtração do tempo da pessoa era uma situação que, aos olhos do Direito, representava uma ocorrência corriqueira do dia-a-dia e, por conta disso, não era apto a permitir a imposição da responsabilidade civil. O que se via, sempre que o Poder Judiciário era instado a se manifestar a respeito, é que esta situação era encarada como uma decorrência dos tempos atuais, um produto inevitável de uma sociedade que estabelece relações negociais em uma dinâmica veloz.

Da mesma forma como ocorreu no caso do dano estético, a teoria do desvio produtivo pretende inserir, no campo da responsabilidade civil, uma nova espécie de dano que pode ser causada a uma pessoa, sempre que a conduta do agente danoso, de alguma maneira, reduzir a livre disposição do tempo daquela ou desviar seus recursos de uma atividade que, seguindo seu projeto existencial, seja relevante para a concretização de um objetivo.

Dessa maneira, a natureza jurídica da teoria do desvio produtivo é a de uma espécie de dano extrapatrimonial que deve, em virtude do princípio do *neminem laedere*, ensejar a plena reparação da vítima que tem seus recursos produtivos desviados.

Uma vez estabelecida a natureza jurídica do instituto é necessário estabelecer se o fenômeno jurídico estudado deve ser designado como dano temporal ou como desvio produtivo, isso porque, aparentemente, há uma confusão terminológica neste sentido.

A revisão bibliográfica, notadamente o artigo publicado por Guglinsky (2016, p. 82-83), permite-nos dizer que o dano temporal compreende a subtração do tempo do indivíduo por conta de um fato imputável a um terceiro. Dessa maneira, a ideia de dano temporal pode ser empregada para designar, de forma genérica, a perda do tempo de uma pessoa.

A teoria do desvio produtivo, por sua vez, lida com um objeto diverso: o desperdício do tempo da pessoa para atividades produtivas. É para onde Dessaune (2022, p. 49) lança o seu olhar quando o fornecedor obriga o consumidor a empenhar parte do tempo que dedicaria ao estudo, ao trabalho ou ao descanso para solucionar um problema na entrega do produto ou do serviço por ele contratado, justamente para desfrutar dessa liberdade na gestão do seu tempo.

A questão enfrentada no bojo desta pesquisa ajusta-se de forma mais adequada ao que se tem como desvio produtivo. O que se busca é evidenciar a possibilidade de responsabilização civil do Estado, a partir da regra do art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal da República de 1988, com base no desvirtuamento dos recursos produtivos de um particular e, dessa maneira, seria uma apreensão qualificada do tempo.

Por outro lado, não se pode esvaziar a relevância da tutela do particular em face da Administração Pública quando o desperdício do tempo existencial decorre do exercício de uma atividade administrativa em sentido estrito, nos moldes definidos no capítulo anterior desta pesquisa. O tempo que o particular poderia destinar ao convívio com seus familiares e amigos, ao repouso, ao lazer ou, simplesmente, ao ócio não pode ser ignorado como prejuízo existencial, sob pena de se reduzir a proteção jurídica da pessoa apenas àquelas situações em que a sua existência se converte em utilidade economicamente mensurável.

A situação, já retratada neste trabalho, do candidato a um cargo público que emprega parte relevante de sua vida na preparação necessária para alcançar uma aprovação dentro do número de vagas é bastante simbólica. Ao lançar o edital de um concurso público e anunciar determinado quantitativo de vagas, a Administração Pública projeta sobre os candidatos uma legítima expectativa de seriedade, planejamento e confiabilidade. É essa expectativa que leva o particular a reorganizar sua rotina, sacrificar momentos de

convivência, renunciar a outras oportunidades e mobilizar tempo, energia e recursos financeiros para a preparação do certame. Por isso, quando o candidato supera todas as fases do concurso, alcança classificação dentro do número de vagas e, ainda assim, não é nomeado antes do término do prazo de validade do certame, não se está diante de mero aborrecimento ou de simples frustração subjetiva. Há, nesse caso, a subtração juridicamente relevante de um tempo existencial que foi mobilizado em confiança na atuação estatal e que, por essa razão, não pode ser tratado como indiferente jurídico.

O fenômeno jurídico tratado nesta tese pode ser definido como a possibilidade de impor à Administração Pública o dever de reparar o particular sempre que, em razão do exercício disfuncional de uma atividade administrativa em sentido estrito, houver a captura ilegítima do seu tempo existencial ou dos seus recursos produtivos, nos casos em que o procedimento, contrariando a legítima expectativa estimulada pelo próprio Poder Público, culmine em desfecho incapaz de produzir qualquer resultado benéfico, sem que essa frustração possa ser imputada à conduta do próprio particular.

A partir do momento em que a pessoa tem os seus recursos produtivos direcionados para uma atividade que, por conta de um fato imputável a um terceiro, não gera qualquer benefício, e, ao mesmo tempo, impediu que fossem canalizados em uma outra operação potencialmente vantajosa há perfeita adequação à teoria do desvio produtivo.

Não se trata, vale dizer, da responsabilidade civil por lucro cessante, na medida em que não será perquirido – isso será melhor demonstrado quando o trabalho se debruçar, no próximo capítulo, sobre os requisitos para a incidência da teoria – se o particular auferiria alguma vantagem legítima em outra atividade. O que se discute é um momento antecedente, qual seja, a simples possibilidade de escolha livre a respeito de empregar o seu tempo na participação em um procedimento administrativo, a partir da mobilização dos seus recursos produtivos escassos.

Conceitualmente, ajustando-se o fenômeno ao objeto desta pesquisa, o desvio produtivo pode ser compreendido como o dano extrapatrimonial experimentado pelo particular que, ao participar de um processo administrativo, mobiliza tempo, energia, atenção, organização e recursos materiais para atender às exigências formais impostas pelo procedimento, em detrimento do investimento em outra atividade, ainda que em outro procedimento administrativo, e, por força de fato imputável à Administração Pública, vê frustrada a obtenção de qualquer utilidade juridicamente relevante.

2.4 O CONJUNTO DE ELEMENTOS QUE FAZEM SURTIR O DEVER REPARATÓRIO PELO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

Apresentada a teoria em seus contornos fundamentais, é necessário examinar aquele que talvez seja o seu viés prático mais relevante: a identificação dos elementos que devem estar presentes em um caso concreto para que, no âmbito de uma relação de Direito do Consumidor, seja possível impor ao prestador de serviços ou ao fornecedor de produtos a obrigação de indenizar o consumidor lesado.

A apresentação desses elementos, contudo, não tem por finalidade restringir a presente pesquisa ao campo das relações de consumo, mas apenas identificar a matriz dogmática a partir da qual a teoria do desvio produtivo foi originalmente concebida. O exame de sua estrutura no Direito do Consumidor funciona, neste ponto, como etapa metodológica necessária para que, posteriormente, seja possível verificar em que medida seus pressupostos podem ser transportados, com as adaptações devidas, para o campo das atividades administrativas em sentido estrito, sem que se produza uma aplicação automática ou artificial de categorias jurídicas construídas em outro ambiente normativo.

É importante fazer uma advertência para que não se afirme que a presente tese estaria simplesmente alterando a teoria que veio a lume na obra de Dessaune (2022, p. 265-266). Isso porque o autor apresenta sete pressupostos necessários para a configuração da responsabilidade civil por desvio produtivo: 1) um problema de consumo criado pelo fornecedor; 2) o comportamento antijurídico do fornecedor consistente em se eximir da responsabilidade pelo problema; 3) o desvio produtivo do consumidor; 4) o nexo de causalidade entre o comportamento do fornecedor e o dano dele decorrente; 5) um dano extrapatrimonial de natureza existencial; 6) um dano material; e 7) um dano coletivo.

Embora a obra seja a principal referência utilizada sobre o assunto na revisão bibliográfica, pelas razões já suficientemente expostas, a formatação dos pressupostos empregada nesta pesquisa dela se afasta. Isso ocorre porque, salvo melhor juízo, alguns elementos catalogados de maneira distinta parecem, em verdade, compor um mesmo todo. É o que se verifica, por exemplo, com o dano extrapatrimonial, o dano material e o dano coletivo, que representam manifestações distintas de um mesmo fenômeno jurídico: a repercussão, sobre o lesado, da conduta imputável ao agente causador do dano.

2.4.1 A existência de uma relação não igualitária: a presença da vulnerabilidade de uma das partes em relação à outra

Como já foi mencionado, em seus primórdios, a teoria do desvio produtivo surge na experiência jurídica brasileira com um nítido intuito, qual seja, o de tutelar o tempo do indivíduo consumidor lesado por uma prática ilegítima do prestador de serviços ou do fornecedor de produtos com quem se relaciona em torno de determinado objeto. Ela foi elaborada com vistas a enfrentar um problema presente em uma relação jurídica específica: a de consumo.

Qualquer relação de consumo traz em si uma situação de desequilíbrio entre as partes que celebram o negócio, de tal maneira que não se pode afirmar que nela esteja presente a autonomia da vontade, ao menos se considerada em comparação com os demais contratos civis. Além da questão afeta à vulnerabilidade do consumidor, verificada em múltiplos planos, a utilização frequente de contratos de adesão e de contratos-tipo faz com que a margem negocial fique restrita, praticamente, àquilo que melhor convém ao fornecedor de produtos ou ao prestador de serviços.

A vulnerabilidade do consumidor não decorre apenas da sua corriqueira fragilidade econômica em face dos produtores das utilidades a serem adquiridas, mas também de um déficit informacional, decorrente da circunstância de que o fornecedor de um produto ou o prestador de um serviço é quem melhor conhece as características daquilo que entrega ao mercado, em especial os riscos associados à negociação. É esperado que aquele que produz determinado bem ou presta certo serviço tenha conhecimento das eventuais externalidades que podem ser produzidas pelo seu emprego ordinário.

Pode-se dizer que a massificação do emprego de contratos de adesão e de contratos-tipo constitui uma característica da pós-modernidade no direito contratual de forma geral, mas, naturalmente, com maior destaque nas relações de consumo, haja vista que, diariamente, muitas vezes de forma inconsciente, são adquiridos diversos produtos e serviços pelos indivíduos para satisfazer necessidades que se avolumam em uma sociedade hipercomplexa e pautada pelo estímulo desenfreado ao consumo, inclusive para atender a necessidades antes não percebidas e, comumente, inexistentes. Além disso, a velocidade das relações negociais também contribui para esse cenário, demandando que os contratos sejam celebrados com a maior celeridade possível, o que implica, naturalmente, a supressão ou, ao menos, a redução substancial da fase de negociações efetivas entre os envolvidos.

Tartuce (2012, p. 206) faz um diagnóstico parecido: “substituiu-se o antigo modelo liberal de negociação, em que os pactos eram plenamente debatidos pelos participantes, por um modelo de negociação em massa, com condições gerais para os negócios”.

A partir do momento em que se considera que a autonomia da vontade contratual se manifesta não apenas pela decisão de estabelecer, com um parceiro negocial, o compromisso em torno de um objeto que, em geral, envolve prestações recíprocas, mas também pela liberdade de definir as minúcias do vínculo obrigacional que será contratado, é inegável que a vulgarização dos contratos de adesão nas relações de consumo implica uma mitigação daquela liberdade tradicionalmente concebida. Aliás, não é por outro motivo que Gilmore (1995) apresentou o seu ponto de vista no sentido de que o contrato, como categoria jurídica de essencial relevância para o liberalismo econômico e para a circulação regular de riquezas, encontra-se em crise que, sem a alteração do cenário contemporâneo, poderá implicar a sua derrocada.

De fato, o modelo de contrato liberal, até mesmo nas relações civis consideradas paritárias, já não assume o mesmo espaço negocial típico da autonomia da vontade que existia outrora. Nas relações de consumo, essa autonomia sofre mitigação ainda mais intensa, uma vez que a ampliação do número de indivíduos inseridos no mercado consumidor, fenômeno associado à redução dos indicadores de pobreza e à expansão do acesso a bens e serviços, permite que fornecedores e prestadores de serviço operem em um ambiente de demanda contínua e massificada. Com exceção de determinados filões marcados pela exclusividade, o consumidor deixa de ser percebido como sujeito individualmente disputado e passa a integrar uma lógica negocial em que a perda de um contratante específico, muitas vezes, não é compreendida como fator suficiente para a revisão das condições unilateralmente impostas.

Uma teoria elaborada com vistas a regular uma situação de direito material desequilibrada em sua origem não descuidou desse viés e buscou consolidar mais um instrumento de proteção, concretizando, nesse particular, o que estabelece o art. 5º, XXXII, da Constituição Federal da República de 1988.

Dessaune (2022, p. 262) considera expressamente essa condição do consumidor quando exige a “submissão do consumidor ao *modus operandi* próprio do fornecedor, enquanto renúncia à sua plena liberdade de escolha e de ação e enquanto renúncia a alguns de seus direitos de consumidor”. Assim, a situação de desequilíbrio entre o consumidor, o

fornecedor de produtos e o prestador de serviços constitui um dos elementos que informa a incidência da teoria do desvio produtivo, isso porque apenas em um cenário de sujeição o indivíduo não terá liberdade suficiente para decidir, de maneira efetivamente autônoma, acerca da postura a ser adotada diante do problema decorrente da aquisição do produto ou da contratação do serviço.

É a posição de prevalência do prestador de serviços ou do fornecedor de produtos sobre o consumidor que lhe assegura a vantagem necessária para impor a este o ônus de solucionar um problema criado por aquele, subtraindo-lhe o tempo existencial para a realização de algo que, originariamente e de acordo com o ordenamento jurídico, não lhe incumbia.

Com efeito, se não estivéssemos diante de uma situação de desequilíbrio estrutural na relação jurídica de direito material, o consumidor poderia impor a sua vontade ao parceiro negocial, exigindo que ele atuasse em conformidade com o ordenamento jurídico e solucionasse o problema da maneira que melhor atendesse àquele que investiu seus recursos na aquisição de um produto ou na contratação de um serviço que, ao final, deveria representar um incremento para as suas atividades cotidianas. Como essa paridade não existe, não lhe resta outra opção senão submeter-se aos efeitos da postura ilegítima do negociante que, por meio de sua conduta, nega vigência ao modelo de ordem econômica instituído pela Constituição Federal da República de 1988.

Assim, a discussão em torno da subtração deliberada do tempo do consumidor exige que, como uma espécie de pressuposto, exista um desequilíbrio na relação de direito material.

2.4.2 A conduta danosa: desídia na solução do problema criado pelo produto ou pelo serviço negociado

Qualquer sistema de responsabilidade civil, por mais primitivo e menos voltado à proteção da vítima que seja, parte da conduta danosa como o primeiro elemento que deve estar presente para que se possa impor ao indivíduo a quem se atribui a sua prática o dever de plena reparação.

A conduta, em linhas gerais, corresponde à ação ou omissão humana que, ao incidir sobre o interesse da vítima, acaba por produzir um dano reputado injusto pela ordem jurídica, razão pela qual se estabelece a obrigação de indenizar. Trata-se do fato jurídico que provoca um resultado incompatível com a justiça da ordem legal.

A teoria do desvio produtivo não destoa dessa compreensão, mas, neste ponto, desafia uma análise mais complexa, que pode ser organizada em dois momentos distintos, na medida em que a sua incidência pressupõe que o agente causador do dano manifeste a sua postura contrária ao Direito em duas etapas sucessivas. Aliás, como já anunciado, este é um dos pontos em que a presente tese se distancia, ainda que minimamente, daquilo que se extrai da referência bibliográfica central da revisão aqui proposta. Ao contrário de Dessaune (2022, p. 265), que trata a conduta em dois momentos distintos, o que se estabelece aqui, para fins de delimitação dos elementos conformadores da incidência da teoria, é que se trata de uma única conduta do agente, embora fracionada em dois momentos interdependentes, cuja conexão é indispensável para que se possa falar em subtração dos recursos produtivos do consumidor.

Em primeiro lugar, é necessário que o serviço prestado ou o produto fornecido não atenda aos padrões de qualidade legitimamente esperados pelo consumidor e, dessa forma, apresente vício ou defeito cuja pronta solução seja indispensável para que o objeto do negócio preserve a sua utilidade. Nesse sentido, se não estivermos diante de um produto ou serviço defeituoso ou viciado, não há que se falar na necessidade de que o prestador ou o fornecedor atue para resolver o problema.

Além disso, é necessário um comportamento antijurídico adicional: ao tomar ciência do vício ou do defeito do produto ou do serviço negociado com o consumidor, o fornecedor ou prestador deve quedar-se inerte quanto à apresentação das soluções necessárias à superação da situação de inconveniência, impondo à parte mais fraca da relação, caso pretenda utilizar-se daquele objeto inicialmente contratado, o ônus de atuar para providenciar a solução.

Assim explica Dessaune (2022, p. 265):

1º. Um problema de consumo criado pelo fornecedor, representado pelo fornecimento de um produto ou serviço com vício ou defeito ou pelo emprego de prática abusiva no mercado, o que enseja a sua responsabilidade de sanar o problema ou indenizar o consumidor voluntária, tempestiva e efetivamente (pressuposto obrigatório);

2º. O comportamento antijurídico do fornecedor de se eximir da sua responsabilidade pelo problema, representado pelo modus operandi próprio do fornecedor de se valer das mais variadas justificativas ou artifícios para atenuar, impossibilitar ou exonerar a sua responsabilidade pelo problema de consumo que ele mesmo criou no mercado (pressuposto obrigatório);

Não é suficiente, para caracterizar a situação em que se torna aplicável a teoria do desvio produtivo do consumidor, que o objeto da relação de consumo seja um produto ou um serviço que não apresente, para o consumidor, a mesma utilidade que teria caso não estivesse impregnado por vício ou defeito. Uma situação como essa poderia ser enfrentada

a partir de outros mecanismos, como a troca do produto, o desfazimento do negócio com o retorno das partes ao status quo ante ou, em casos mais extremos, a imposição de verba indenizatória.

Para que se possa falar em desvio produtivo do consumidor, é indispensável que este tenha dado ciência à contraparte de que o objeto entregue ou o serviço prestado não atende aos critérios de qualidade ou de quantidade pactuados, ainda que de forma implícita, para que satisfaça a necessidade que justificou a sua contratação. A partir disso, o consumidor, de maneira legítima, passa a esperar a apresentação de uma solução adequada, que, ao invés de surgir espontaneamente, acaba sendo substituída pela imposição, à parte vulnerável, dos ônus necessários à superação do problema.

A parte mais forte da relação de consumo simplesmente desconsidera a necessidade de apresentar ao consumidor uma solução adequada para o problema comunicado e, dessa maneira, impõe a este que o resolva a partir dos seus próprios meios: buscando alternativas para sanar o vício ou o defeito; contratando outro objeto ou serviço para compensar a insatisfação gerada pelo primeiro; ou ajuizando uma demanda judicial com o intuito de obter uma decisão que constranja o prestador do serviço ou o fornecedor do produto a agir como deveria fazê-lo espontaneamente.

A postura do prestador de serviço ou do fornecedor do produto, portanto, deve revelar a negligência quanto à solução do problema apresentado, impondo ao consumidor o ônus de resolvê-lo às custas da realização de qualquer outra atividade que poderia integrar a sua livre disposição do tempo ou dos seus recursos produtivos.

Não se trata, vale dizer, de uma benesse do prestador de serviços ou do fornecedor de produtos que atua no mercado de consumo entregar ao consumidor uma solução quando evidenciado o defeito ou vício no objeto da relação negocial por eles estabelecida, tampouco de uma mera conduta ética. Trata-se de autêntica imposição normativa extraída dos arts. 18 e 20 da Lei n. 8.078/1990, razão pela qual a sua inobservância caracteriza a conduta como contrária ao ordenamento jurídico e, portanto, passível de ensejar a responsabilidade civil.

Assim, a conduta danosa, para fins de incidência da teoria do desvio produtivo, não se confunde com a simples existência de um produto ou serviço viciado ou defeituoso. Ela se aperfeiçoa quando, diante da ciência do problema, o fornecedor de produtos ou o prestador de serviços deixa de cumprir o dever jurídico de apresentar uma solução adequada, tempestiva e efetiva, transferindo ao consumidor o ônus de empregar o seu

próprio tempo e os seus recursos produtivos para superar uma situação que não foi por ele criada. É nesse deslocamento indevido do encargo de solução, imposto à parte vulnerável da relação de consumo, que se identifica a conduta contrária ao Direito capaz de inaugurar o caminho para a responsabilização civil pelo desvio produtivo.

2.4.3 O nexo de causalidade direta e imediata entre a conduta e o desvio produtivo

Além da conduta danosa praticada no bojo de uma relação de consumo, marcada pelo desequilíbrio de forças entre os envolvidos na operação econômica, somente se pode falar em responsabilização pelo desvio produtivo quando existir nexo de causalidade entre a ação ou omissão do fornecedor do produto ou do prestador de serviços e o dano que, no objeto desta pesquisa, corresponde ao desvio do tempo produtivo.

Em linhas gerais, o nexo de causalidade é a ligação que se estabelece entre a conduta à qual se imputa o caráter de antijuridicidade e o dano causado à pessoa lesada em seu interesse jurídico. A seu respeito, ensina Cavalieri Filho (2010, p. 47): “A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano”.

Apenas nos casos em que existir vínculo entre a conduta imputada ao agente e o prejuízo experimentado pela vítima em seu interesse jurídico é que o ordenamento poderá estabelecer a obrigação reparatória daquele em favor desta. Sua análise mostra-se especialmente relevante nas situações em que, após a conduta do agente, outro fato jurídico incide sobre a hipótese de tal modo que rompa essa conexão, circunstância em que ele estará eximido da obrigação de indenizar.

Dessaune (2022, p. 265) enfrenta a questão relacionada ao nexo de causalidade na teoria do desvio produtivo ao afirmar que ele está “representado pela omissão do fornecedor em se responsabilizar pelo problema do consumo que ele originalmente criou, o que causa diretamente o evento danoso de desvio produtivo do consumidor (pressuposto obrigatório)”.

Neste ponto, o autor já introduz aquela teoria que, observados os parâmetros estabelecidos em nosso ordenamento jurídico, foi adotada entre nós: o art. 403 do Código

Civil brasileiro consagrou a teoria da causalidade direta e imediata como a que melhor explica o nexo de causalidade⁸³.

A teoria da causalidade direta e imediata compreende que somente deve ser juridicamente imputado ao agente o dano que decorra de modo necessário e suficientemente direto de sua conduta, afastando-se a responsabilização por consequências remotas, indiretas ou dependentes de fatores autônomos que rompam a cadeia causal.

Dessa maneira, somente será possível falar na imposição de responsabilidade ao fornecedor do produto ou ao prestador do serviço viciado ou defeituoso naqueles casos em que a subtração do tempo do consumidor decorrer, de forma direta e imediata, de uma atuação apartada da boa-fé objetiva, especialmente quanto ao dever de conferir a melhor e mais célere solução à questão que lhe foi levada ao conhecimento acerca da quantidade ou da qualidade daquilo que entregou em virtude do contrato de consumo.

O que se mostra essencial, neste ponto, é que essa relação direta não se esvaia pela incidência de um evento superveniente imputável a terceiro ou de um evento natural capaz de prejudicar a pronta solução do problema que atinge o produto ou o serviço adquirido pelo consumidor.

Para que seja possível cogitar a responsabilização pela teoria do desvio produtivo, é necessário que a omissão, intencional ou desidiosa, do prestador do serviço ou do fornecedor do produto na solução do vício ou do defeito da utilidade entregue ao consumidor, após a sua expressa cientificação a respeito, tenha causado o desperdício do tempo existencial.

Assim, o nexo de causalidade, no âmbito da teoria do desvio produtivo, funciona como o elemento que impede a transformação de qualquer insatisfação do consumidor em dever de indenizar. Não basta, portanto, a existência de um produto viciado ou de um serviço defeituoso, tampouco a simples necessidade de formular uma reclamação perante o fornecedor. É indispensável que o desperdício do tempo existencial decorra, de forma direta e imediata, da conduta omissiva ou inadequada daquele que, ciente do problema de consumo que deu causa, deixa de solucioná-lo com a diligência exigida pela boa-fé objetiva. Somente quando essa conexão permanecer íntegra, sem a interferência de fatores

⁸³ Registra-se, na doutrina, a menção a outras duas teorias explicativas do nexo de causalidade. A teoria da equivalência dos antecedentes reconhece como causa qualquer evento que, inserido na cadeia causal, tenha contribuído para a consolidação do dano, sendo criticada por permitir, se levada ao extremo, uma regressão causal infinita, com evidente risco à segurança jurídica. A teoria da causalidade adequada, por sua vez, considera causa a conduta que, em abstrato, reúne condições para produzir o dano, recebendo como crítica o fato de apoiar-se em juízo probabilístico, marcado por acentuado grau de subjetividade.

externos aptos a romper a cadeia causal, é que o desvio produtivo poderá ser juridicamente imputado ao fornecedor como dano indenizável.

2.4.4 O dano específico: prejuízo substancial decorrente da apropriação do tempo

De maneira geral, o dano, como categoria dogmática que integra a teorização da responsabilidade civil, pode ser classificado sob a perspectiva do direito violado pela conduta do agente que, ao incidir sobre determinada posição jurídica, consolida o prejuízo. Nesse sentido, contrapõem-se o dano material e o dano extrapatrimonial.

O dano material, por definição, é aquele resultante de uma conduta danosa que culmina com um prejuízo cuja extensão quantitativa pode ser determinada, sob o ponto de vista econômico, a partir de critérios objetivamente verificáveis, seja pela redução do valor de mercado que determinado bem passou a ostentar após a atuação do agente, seja, ainda, por aquilo que, em uma avaliação prospectiva razoável, a vítima deixou de auferir no caso concreto.

Já o dano extrapatrimonial, ou, como é mais corriqueiro, o dano moral, consubstancia um prejuízo sofrido pela vítima em virtude de uma conduta que atinge um direito integrante da sua personalidade, seguindo o escólio de Tepedino (2004, p. 27), concebida como um “conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico”, e que, pela sua umbilical relação com a dignidade da pessoa, justifica a oponibilidade erga omnes.

Nesse sentido, fala-se em dano extrapatrimonial todas as vezes em que a conduta do agente incide sobre um daqueles direitos encartados nos arts. 11 e seguintes do Código Civil Brasileiro. A questão que se coloca neste ponto é a seguinte: sem olvidar que a opção adotada pelo legislador, ao elaborar o Código Civil Brasileiro vigente, foi louvável ao estabelecer, de maneira claramente positivada, determinados direitos da personalidade que assumem especial relevo para a tutela nas relações privadas, deve-se perquirir se aquela relação normativa, que contempla o direito ao corpo, ao nome, à honra, à imagem e à privacidade, constitui um rol exemplificativo ou exaustivo.

Segundo Schreiber (2011, p. 13-15), é inegável que existe uma inter-relação entre os conceitos de direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade, isso porque todos eles visam estabelecer um regime protetivo para o indivíduo em um cenário de pós-modernidade que tem sua centralidade no valor da dignidade da pessoa humana. Se os direitos humanos e os direitos fundamentais assumem papel de maior destaque na defesa

das pessoas em suas relações com o Estado, diferenciando-se, apenas, pela sede em que estão materializados, de tal maneira que os primeiros decorrem de um reconhecimento na esfera internacional e os segundos no plano constitucional, os direitos da personalidade têm sede na legislação infraconstitucional, com destaque para o Código Civil Brasileiro, e têm como desiderato principal proteger a pessoa em suas relações privadas horizontais.

Em um cenário no qual os direitos da personalidade são concebidos como imanência do princípio da dignidade da pessoa, embora o Código Civil Brasileiro já tenha feito expressa previsão quanto à defesa de algumas posições existenciais específicas, nada impede que, a partir de uma hermenêutica razoável do art. 1º, III, da Constituição Federal da República de 1988, outras situações jurídicas sejam resguardadas pelo ordenamento jurídico.

Traduzindo em outras palavras, o rol de direitos da personalidade é aberto e, por conta disso, há uma cláusula geral de responsabilidade civil no sentido de que quaisquer danos existenciais, mesmo aqueles que ainda não tenham sido catalogados pela construção doutrinária ou por uma percepção pretoriana, sejam objeto de tutela.

O dano pelo desvio produtivo surge, nesse cenário, como uma nova modalidade que merece o olhar cuidadoso de uma ordem jurídica centrada na proteção do valor da dignidade da pessoa humana. A seu respeito, leciona Dessaune (2022, p. 263-264):

O dano extrapatrimonial de natureza existencial, enquanto consequência imediata e necessária de um evento danoso de desvio produtivo do consumidor, é o prejuízo decorrente da lesão a qualquer atividade existencial, que precisa ser modificada ou suprimida em decorrência de uma interferência externa indevida na liberdade de ação da pessoa consumidora, resultando em uma alteração danosa e indesejada do seu cotidiano e/ou do seu projeto de vida.

Se o ordenamento jurídico brasileiro acolhe a teoria segundo a qual os direitos da personalidade não representam um rol exaustivo e se, a partir do princípio constitucional da dignidade da pessoa, é possível que situações existenciais sejam objeto de tutela reparatória quando violadas, o domínio do próprio tempo também deve ser compreendido como uma posição existencial juridicamente relevante. Isso porque é a partir dele que o indivíduo, segundo o seu livre-arbítrio, estabelece como deverá priorizar o investimento daquele que é o seu mais escasso recurso produtivo nas ações mais condizentes com a realização dos seus projetos pessoais, de modo que a sua captura ilegítima autoriza o reconhecimento do dever de indenizar.

Mais uma vez recorrendo a Dessaune (2022, p. 262), ao evidenciar aquele que seria o dano efetivo ao consumidor, esclarece-se:

O tempo vital ou existencial da pessoa consumidora, enquanto suporte implícito da existência humana, isto é, da vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve,

e enquanto bem finito individual e capital pessoal que, por meio de escolhas livres e voluntárias, pode ser convertido em outros bens materiais e imateriais, é tanto um dos objetos do direito fundamental à vida – ou seja, um bem jurídico constitucional – quanto um atributo da personalidade tutelado no rol aberto dos direitos da personalidade. Ademais, o tempo vital ou existencial é um recurso produtivo limitado – necessário para o desempenho de qualquer atividade – que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida das pessoas.

O que se busca, a partir da responsabilização civil do fornecedor de produtos ou do prestador de serviços que, ao violar uma obrigação inerente ao contrato estabelecido com o consumidor, impõe a este o ônus de atuar para solucionar um problema originado exclusivamente do negócio entre eles firmado, é restituir o indivíduo, ainda que de maneira ficta, pelo prejuízo experimentado, uma vez que o tempo é, em sua essência, irrecuperável *in natura*.

Cabe ao causador do dano, no caso, o prestador de serviços ou o fornecedor de produtos, recompensar o consumidor pelo desperdício existencial que lhe foi imposto, impedindo-o de empregar o seu tempo da forma que melhor conviesse ao seu projeto de vida.

É importante, nesse sentido, distinguir o desvio produtivo de uma figura análoga que foi acolhida na prática jurídica brasileira em tempos mais recentes, a partir da experiência jurídica da França e dos Estados Unidos: a teoria da perda de uma chance, que pode ser apresentada, de forma sintética, como a conduta do agente que afasta a possibilidade de que o lesado obtenha uma vantagem provável ou reduza um prejuízo.

A primeira distinção repousa no fato de que, como ressalta Savi (2006, p. 102), a teoria da perda de uma chance envolve o debate em torno de um dano de natureza patrimonial, restando a discussão, apenas, sobre se ela representa um dano emergente ou uma categoria específica de prejuízo. Nesse ponto, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1.210.732/SC, reconhece que é possível o surgimento de dano moral indenizável pela aplicação da teoria, contudo, isso se dará apenas de maneira residual, ou seja, quando não resultar em um dano patrimonial, situando, de forma muito clara, a posição que ocupa no sistema de responsabilização civil.

Já a teoria do desvio produtivo não discute se a vítima perdeu alguma oportunidade. Ao contrário, uma vez constatado que a atuação do fornecedor do produto ou do prestador de serviços teve aptidão para impedir que ela dispusesse livremente sobre a atividade em que investiria o seu tempo, compelindo-a a solucionar um problema decorrente da relação de consumo, haverá o dever reparatório. O que se indeniza, nesse caso, é a subtração do tempo existencial do indivíduo em si mesma, sem cogitar se a vítima

obteria qualquer benefício além da possibilidade de gerir, de acordo com os seus interesses pessoais, a forma como emprega o seu tempo de vida.

Decorre daí a segunda distinção entre o desvio produtivo e a perda de uma chance: enquanto esta, como dano material, depende da demonstração probabilística da oportunidade que se esvaiu, aquele, como prejuízo extrapatrimonial, decorre da própria subtração indevida do tempo produtivo da vítima.

O questionamento que se pode formular em relação à forma como o autor da teoria arquitetou os seus pressupostos, entre nós, diz respeito à inclusão, como parte do desvio produtivo, da ocorrência de um dano material. Dessaune (2022, p. 266) afirma, explicitamente, que pode ser produzido um dano material consubstanciado na redução patrimonial do consumidor lesado, a partir do momento em que este assume os “deveres operacionais e custos materiais relativos ao problema, os quais o CDC impõe exclusivamente ao fornecedor”. A dificuldade desse posicionamento reside no fato de que, ao menos quando se tratar de um dano material, haverá maior complexidade em estabelecer uma clara distinção entre o desvio produtivo, os lucros cessantes e a já examinada perda de uma chance.

Não se pode negar que a subtração do tempo, muitas vezes, implica o correlato desperdício de recursos financeiros. Basta retomar a situação, já mencionada algumas vezes nesta tese, do candidato que investe parte das suas economias para adquirir livros, financiar cursos preparatórios e arcar com os valores das inscrições. Por outro lado, esses prejuízos podem ser enfrentados a partir de métodos reparatórios que já foram dogmaticamente reconhecidos há muito tempo pela experiência jurídica, sendo inócuo criar um novo instituto apenas para fazer frente a tais situações.

Falar em desvio produtivo, sem dúvida, é relevante nas relações de consumo, bem como em outras nas quais uma das pessoas envolvidas na relação jurídica se encontra em nítida situação de vulnerabilidade, precisamente para justificar a necessidade de reparação pelo tempo que lhe foi ilegítimamente apreendido. Os danos patrimoniais eventualmente existentes, contudo, já encontram proteção jurídica própria, ao menos desde o advento da Lei n. 8.078/1990, razão pela qual a especificidade dogmática do desvio produtivo parece residir, com maior precisão, na tutela do tempo inutilmente capturado, e não na simples recomposição de prejuízos materiais que o ordenamento jurídico já se encontra apto a reparar por categorias tradicionais.

Assim, para que esteja configurada a responsabilidade civil com base na teoria do desvio produtivo, é decisiva a constatação de que a conduta imputável ao agente causador do dano impôs à vítima o emprego indevido do seu tempo existencial ou dos seus recursos produtivos para solucionar uma situação que não foi por ela originada. O prejuízo, nesse caso, decorre da captura ilegítima de um bem finito, irrecuperável e essencial à autodeterminação do indivíduo. Ao deslocar a vítima de suas escolhas ordinárias, compelindo-a a investir parcela da sua existência na superação de um problema que não deveria suportar, estará configurado mais um elemento para que se imponha o dever de indenizar, fundado precisamente na privação da livre disposição do tempo.

3 (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO ÀS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS EM SENTIDO ESTRITO

Já se demonstrou que o Estado se justifica, atualmente, a partir do momento em que, por meio das políticas estabelecidas em sua ordem constitucional, os particulares têm garantido o acesso, da forma mais ampla possível, aos direitos fundamentais que lhes são reconhecidos, sendo certo que, ao longo da experiência humana, as prestações que são dele esperadas variam conforme o modelo econômico prevalecente na sociedade.

É possível dizer que o Estado atua em suas atribuições típicas de soberania quando mantém suas Forças Armadas regularmente estruturadas para permitir a sua defesa contra ataques estrangeiros; quando elabora as leis que serão vigentes em seu território e de cogente observância por quem esteja dentro dos seus limites; quando exerce a jurisdição para solucionar situações de crise entre os particulares; quando presta serviços públicos por meio de seus órgãos e entidades; e, também, quando instrumentaliza sua atividade a partir dos processos administrativos que são essenciais para que quaisquer de suas atividades-fim sejam entregues adequadamente à coletividade.

Com esse panorama, após a apresentação da teoria do desvio produtivo, delineada para atender aos consumidores que, por sua condição de vulnerabilidade em relação a um terceiro, têm o seu esforço produtivo desperdiçado ilegítimamente, é possível avaliar o seu cabimento naquelas hipóteses em que o particular desvia os seus recursos de outras atividades que eram relevantes para os seus projetos pessoais e, ao final, por opção do poder público que torna os procedimentos por ele iniciados como disfuncionais, vê frustrada qualquer possibilidade de auferir vantagem a partir disso.

3.1 PREMISSAS ESSENCIAIS SOBRE A RELAÇÃO JURÍDICA QUE ENVOLVE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PARTICULAR

O primeiro passo para estabelecer se há algum obstáculo à aplicação da tese do desvio produtivo em razão do exercício das atividades-meio desempenhadas pela Administração Pública, nos diversos procedimentos administrativos que tramitam em seus órgãos e entidades e que, de alguma maneira, impactam na esfera individual de determinados particulares que com ela interagem, é compreender como a ordem constitucional conforma as condutas administrativas.

Isso porque, da mesma maneira como foi demonstrado ao longo do primeiro capítulo da tese, o Estado contemporâneo, no que diz respeito à forma como exerce as

atribuições administrativas que a ordem jurídica lhe acomete, sofre forte influência dos paradigmas neoliberais e, nesse sentido, passa a receber – de forma acertada ou equivocada, a depender da visão daquele que analisa o fenômeno – uma série de cobranças que eram típicas de um regime de iniciativa privada, notadamente a busca pela eficiência e o respeito ao princípio da confiança.

Assim, é importante destacar, como pressuposto para o enfrentamento do objeto geral da tese, que três valores podem ser afirmados como cruciais para determinar como o Estado deve agir em suas atividades: 1) a proteção à confiança legítima dos particulares em todas as suas relações com a Administração Pública; 2) a eficiência como uma espécie de farol que deve guiar as atividades do poder público; e, ainda, 3) a responsabilização do Estado por quaisquer condutas de seus agentes que tenham a aptidão para provocar um prejuízo de índole material ou um dano de natureza extrapatrimonial aos particulares que, dotados de dignidade, merecem respeito por parte daqueles que, em última análise, são os seus representantes.

3.1.1 A necessidade de uma conduta que respeite a confiança legítima dos particulares em relação ao agir administrativo

É absolutamente impossível tratar da Administração Pública e do agir administrativo sem fazer menção ao princípio da legalidade ou, como preferem alguns administrativistas, a exemplo de Oliveira (2009, p. 35) e Binenbojm (2008, p. 144), à juridicidade⁸⁴ como parâmetro fundamental de sua atuação. Ao abordarem os princípios do Direito Administrativo, o que também se verifica em obras dedicadas ao Direito Constitucional ou ao Direito Processual, sobretudo naquelas voltadas à proteção das pessoas contra os atos de manifestação do poder, os principais autores conferem à legalidade um papel central na orientação das atividades estatais.

A legalidade é aqui colocada como ideia de vinculação positiva da Administração Pública, de maneira que a sua atuação somente se legitime quando previamente autorizada, mas, ainda, como conteúdo necessário dessas ações, de tal modo que o interesse público apenas seja atingido quando os seus agentes observarem a conformação jurídica atribuída aos seus atos. Por conta disso, é possível dizer, mesmo em um cenário em que se reclama

⁸⁴ Sobre o conceito de juridicidade explica Oliveira (2009, p. 74): “A consagração do princípio da juridicidade não aceita a ideia da Administração vinculada exclusivamente às regras prefixadas nas leis, mas sim ao próprio Direito, o que inclui as regras e princípios previstos na Constituição.”. O seu conceito é tão mais amplo que o de legalidade que admite, inclusive, considerações acerca da noção de legitimidade do Direito, o que, a princípio, descabe em uma análise de legalidade nos moldes liberais tradicionais.

maior liberdade de ação aos agentes públicos, que se trata de algo tão relevante quanto a necessária finalidade pública a ser atingida pelos atos administrativos de maneira geral.

Certo é que esse destaque conferido ao princípio da legalidade pode ser justificado não apenas pela centralidade que a lei ocupa em um ordenamento jurídico como o nosso, de matriz predominante da *civil law*, mas também por razões históricas ligadas à própria explicação das origens do Direito.

Como se depreende da leitura de Locke (1998, p. 502-503) e de Rousseau (1996, p. 33-36), ainda que sob perspectivas diversas⁸⁵, a vinculação do agir estatal à legalidade possui, como objetivo essencial, o estabelecimento de uma esfera de liberdade dos indivíduos frente às condutas dos agentes públicos. A partir do momento em que se afirma que o Estado somente poderá agir nos limites previamente definidos por lei, aprovada por um corpo de representantes legitimamente investidos por aqueles que se sujeitarão à sua força vinculante, institui-se uma zona de certeza quanto ao espaço de liberdade que a cada um é assegurado.

Neste sentido, pensado o Direito Administrativo como um dos mecanismos voltados à proteção dos particulares frente às atividades estatais, assegurando-lhes uma margem reconhecível de segurança jurídica, a obrigatoriedade de que os agentes públicos atuem apenas nas hipóteses e dentro dos limites previamente estabelecidos pela lei, sem a menor sombra de dúvidas, assume um papel central. Cassagne (2017, p. 215-216) enfatiza que “o princípio da legalidade opera como uma restrição ao exercício do poder público e exige lei formal ou lei formal-material para aquelas atuações que interferem na liberdade jurídica dos particulares”, sendo, por conseguinte, de relevância primordial para o atendimento do desiderato próprio do Direito Administrativo.

Em uma visão, pode-se dizer, mais arraigada às tradições do Direito Administrativo e sob uma forte influência do positivismo de Hart (2009, p. 26-28) na elaboração do seu raciocínio⁸⁶, o único parâmetro para a atuação dos agentes públicos é a

⁸⁵ Embora ambos os autores reconheçam na legalidade um instrumento de contenção do arbítrio e, por consequência, de preservação da liberdade, é preciso destacar que partem de premissas distintas: em Locke, a norma jurídica ocupa o lugar de barreira racional contra os abusos do poder, tendo como escopo precípuo a salvaguarda da propriedade; já em Rousseau, a legalidade emerge como expressão da vontade geral, de tal modo que a verdadeira liberdade reside justamente na adesão às normas que o próprio corpo político impõe a si mesmo.

⁸⁶ Para Hart (2009), o positivismo jurídico não se confunde com a redução do Direito a um simples comando imposto pela força, embora preserve a compreensão de que a validade jurídica decorre de critérios socialmente reconhecidos no interior de uma determinada comunidade política, e não de sua necessária correspondência com a moral. Ao criticar o modelo imperativista de John Austin, demonstra que o Direito moderno não se explica apenas como ordem emanada de uma autoridade soberana, mas como um sistema complexo de regras primárias, que impõem deveres, e regras secundárias, que disciplinam a produção, a

observância dos atos normativos produzidos por uma autoridade reconhecida e seguindo os procedimentos estabelecidos em norma de estatuta maior na hierarquia jurídica. Não se pode negar, todavia, que, com maior ênfase em determinados atos, mas, de forma irrestrita na definição do objeto das ações administrativas, abre-se margem a um espaço de discricionariedade da Administração Pública, que poderá, segundo um juízo de conveniência e oportunidade, avaliar a conveniência de adotar determinada postura⁸⁷, mas, ainda assim, a lei norteia o agir administrativo e, como será tratado posteriormente, mesmo essa margem de liberdade é regrada e abre a possibilidade, ao menos para uma visão que hoje é crescente, de submissão dos mesmos ao controle pelo Poder Judiciário.

Assim, a avaliação quanto ao acerto ou desacerto da conduta do agente administrativo, no caso concreto, passava apenas pela constatação acerca da obediência à legalidade, ignorando quaisquer outros vetores para tanto.

Essa realidade, típica do pensamento jurídico-político oitocentista, tem experimentado profundas alterações e, no mesmo sentido, os parâmetros de verificação de adequação do agir administrativo também. Aos poucos, opera-se aquilo que o professor português Otero (2017, p. 733) apelidou, de forma muito feliz, como a “quebra do mito da onipotência da lei face à Administração”, a partir de uma conjuntura jurídica por ele percebida na experiência do seu país⁸⁸, mas que é em tudo transponível ao Brasil, exceto, talvez, pelo estágio mais avançado de integração entre os países que formam a União Europeia, segundo a qual a legalidade tem cedido espaço à necessidade de efetivação de direitos fundamentais.

modificação e a identificação das normas jurídicas válidas. Nesse sentido, a autoridade do Direito não repousa apenas no comando, mas na existência de uma prática social institucionalizada que reconhece determinados atos normativos como juridicamente obrigatórios.

⁸⁷ É clássica a distinção doutrinária que divide os atos administrativos quanto à competência em atos discricionários e atos vinculados. Segundo o escólio de Moreira Neto (2006, p. 147), o ato vinculado é aquele em que o agente público, no caso concreto, ao verificar que estão presentes as condições estabelecidas em lei não têm qualquer margem de liberdade decisório, cabendo-lhe, tão somente, atuar em conformidade com o que dispõe a norma. Já os atos discricionários são aqueles em que o ato normativo abre ao administrador uma liberdade – regrada – para fazer escolhas, “seja de oportunidade, de conveniência, do modo da sua realização, do alcance dos seus efeitos, de seu conteúdo jurídico, de suas condições acessórias, do momento da sua exequibilidade ou do destinatário ou destinatários da vontade da Administração”. No ato administrativo discricionário ainda existe a conexão da conduta do agente administrativo com a lei, contudo, com uma margem de liberdade mais expressiva em relação aos vinculados.

⁸⁸ Além do ponto de contato entre as experiências jurídicas do Brasil e de Portugal, Otero (2017, p. 743-749) diagnostica que o “declínio” da lei em relação ao agir administrativo ocorre pelo progressivo quadro de integração entre os Estados que formam a União Europeia, haja vista o surgimento de um emaranhado normativo comunitário expressivo, que deve ser respeitado pelos seus membros e, ainda, por outros Estados com os quais se relaciona na ordem internacional.

Com a emergência do neoconstitucionalismo, movimento que tem como uma de suas principais características a afirmação da força normativa da Constituição, passa-se a compreender que o agir administrativo deve estar diretamente relacionado aos dispositivos veiculados no texto constitucional, inclusive, sempre que possível, independentemente de qualquer interposição legislativa. As normas constitucionais deixam de se compreendidas como uma exortação ao legislador ou um dado valorativo do ordenamento – em que pese esse papel seja relevante – para revestir-se de um comando que, de maneira efetiva, se impõe.

A força normativa da Constituição impõe que todos, tanto os agentes privados⁸⁹ quanto a Administração Pública, tenham a obrigação de observar as normas constitucionais, ainda que, segundo a tradicional classificação⁹⁰, sejam consideradas como programáticas e, por tal motivo, estabelecem um caminho a ser seguido pelos poderes constituídos de maneira geral, na medida em que, se assim não fosse, significaria admitir que eles — ou mesmo uma maioria eleitoral momentânea — teriam a capacidade de frustrar um projeto delineado pelo poder constituinte ao entregar o texto que é produto do seu trabalho em nome do povo soberano, o que, como se sabe, é um contrassenso à ideia de supremacia da norma constitucional que fundamenta, tal qual no Brasil, a maioria⁹¹ dos Estados de Direito contemporâneos.

⁸⁹ Sobre a aplicabilidade das normas de direitos fundamentais às relações estabelecidas entre os particulares, deve ser mencionado o trabalho de fôlego elaborado por Sarmiento (2006, p. 330), no qual se demonstra a inexistência de óbices a tal incidência, a despeito da resistência inicial pautada no argumento de que essas normas seriam dirigidas exclusivamente ao Estado, em favor das pessoas. O autor justifica sua tese com base no reconhecimento, doutrinário e jurisprudencial, de que os particulares podem figurar no polo passivo das ações constitucionais destinadas à defesa de determinados direitos fundamentais. Acrescenta, ainda, a vinculação dos empregadores às normas que veiculam os direitos dos trabalhadores e, em arremate, afirma que “a jurisprudência brasileira, inclusive do STF, vem aplicando diretamente os direitos fundamentais em litígios privados. Esta também é a posição majoritária na doutrina, muito embora poucos autores nacionais se tenham debruçado sobre o tema.”

⁹⁰ Essa classificação é aquela apresentada por Silva (2002, p. 101, 116, 124-125), considerando as normas constitucionais quanto à eficácia, segmentando-as da seguinte forma: i) normas de eficácia plena são aquelas que produzem, ou têm a aptidão para produzir, desde o momento em que surge a nova ordem jurídica, os efeitos típicos de um enunciado normativo cujo interesse foi diretamente regulado pelo legislador constituinte; ii) normas de eficácia contida são aquelas que veiculam um interesse adequadamente regulado pelo legislador constituinte, o qual, a critério do poder público, poderá ser restringido por legislação que o complemente; e, iii) normas de eficácia limitada são aquelas que dependem de um ato normativo complementar para que o enunciado constitucional possa produzir os seus efeitos típicos, todavia, mesmo nestes casos, por força da supremacia da Constituição, impõe-se que os poderes constituídos não manifestem qualquer comportamento capaz de contrariar o programa constitucional.

⁹¹ A esse respeito, é importante deixar claro que a ideia de supremacia das normas constitucionais exerce papel relevante na configuração contemporânea do Estado Constitucional de Direito, mas não pode ser compreendida como elemento indispensável à caracterização de toda experiência juridicamente orientada pelo Estado de Direito. Basta considerar, nesse sentido, o modelo constitucional britânico, no qual tradicionalmente prevalece a doutrina da soberania do Parlamento, sem que isso autorize excluir aquela experiência jurídica do conceito de rule of law.

Como aponta Otero (2017, p. 735), opera-se “uma tal substituição da lei pela Constituição como fundamento directo e imediato do agir administrativo sobre determinadas matérias, dispensando a exigência de uma prévia e anterior mediação legislativa”. Existem determinados comandos constitucionais, especialmente aqueles que veiculam direitos fundamentais, que impõem a sua observância pelos atos administrativos — como é o caso, por exemplo, da segurança jurídica.

Quando se fala em juridicidade como um novo marco norteador do agir administrativo não se diz que seja possível que atuação da Administração Pública se distancie da legalidade, mas passa a considerar outros vetores que decorrem diretamente do texto constitucional — que, nunca é demais lembrar, constitui lei em sentido amplo —, sobretudo quando se tratar de uma norma de garantia ou de reconhecimento de um direito fundamental.

Nunca é demais lembrar a ideia que já foi consolidada ao longo do Capítulo 1 desta tese, no sentido de que a existência do Estado somente se torna legítima para impor as restrições que cria aos particulares na exata medida em que reconhece e materializa os direitos fundamentais.

A ordem jurídica brasileira inaugurada em outubro de 1988 é riquíssima em previsões normativas que estabelecem parâmetros a serem observados pela Administração Pública em todas as atividades por ela desempenhadas. A maior parte dessas normas tem, em sua essência, o reconhecimento de direitos fundamentais oponíveis pelos particulares aos agentes públicos, como é o caso, por exemplo, da segurança jurídica.

A Constituição Cidadã veicula a preocupação do legislador constituinte em resguardar a segurança sob diversos vieses, mas, em todos eles, como uma proteção aos particulares: o Preâmbulo apresenta a segurança como tendo sido um dos fios condutores considerados no momento da elaboração do texto constitucional; o art. 5º, por sua vez, consagra a segurança, de forma geral, como um direito individual, com nítido espectro jurídico, ao estabelecer, como regra, a vedação à aplicação retroativa de normas mais recentes à situações que tenham sido consolidadas sob a égide de um cenário positivado distinto e o respeito à coisa julgada; em outros incisos, o mesmo dispositivo prevê a segurança institucional, assim concebida como a garantia de acesso à ordem jurídica justa, a partir do recurso à advocacia e ao sistema de Defensoria Pública, concebidos como portas de entrada qualificadas para a adequada tutela jurisdicional de direitos, mesmo em um ambiente de Justiça Multiportas; o art. 144, por fim, trata da segurança pública como um

direito das pessoas, a ser viabilizado pelo Estado, notadamente por meio das polícias militar e judiciária, estaduais, distrital e federal, além das polícias rodoviárias e penais.

Essa inclusão da segurança como uma preocupação heurística na Constituição Federal da República de 1988 e a sua natureza aberta fazem com que a delimitação do seu conteúdo seja uma tarefa de acentuada complexidade.

Nas letras jurídicas brasileiras, destaca-se o trabalho de Ávila (2025, p. 323-324) que, ao tentar elaborar o seu conceito para aplicação nas relações que envolvem o cidadão-contribuinte de tributos e o Estado, em momento anterior, traz um meticoloso trabalho de investigação quanto aos diversos elementos que permitem dizer que um Estado promove um ambiente de segurança para os particulares, inclusive enveredando naquele que seria o conteúdo do princípio. Segundo ele, a segurança jurídica demanda, concomitantemente, cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.

Uma análise da atividade administrativa – tal como delineado no item 1.3.4 – sob a ótica da segurança jurídica pode ser assim estabelecida: a cognoscibilidade é a possibilidade de os particulares compreenderem a racionalidade das alternativas à disposição da Administração Pública e os motivos pelos quais, dentre as possibilidades, a razão que conduziu a um sentido em detrimento do outro; a confiabilidade é a imutabilidade, mesmo que relativa, dos fundamentos normativos que apoiam a conduta adotada pelo administrador; e a calculabilidade compreende a possibilidade de o particular deter as condições necessárias para que possa avaliar a postura que será por ele adotada diante da conduta que a Administração Pública deverá adotar no caso concreto.

Na medida em que o projeto constitucional vigente se estrutura a partir de um valor multifacetado de segurança jurídica, especialmente dirigido aos particulares como forma de se opor a atuação da Administração Pública, é natural que, além da observância da legalidade como bússola para a atuação dos agentes administrativos, também corresponda a uma obrigação a necessidade de agir de tal maneira que não acabe por frustrar uma expectativa depositada pelo particular em relação a uma conduta do poder público. Se o projeto constitucional reconhece a importância da segurança para as relações sociais é de se esperar que os poderes constituídos compreendam essa relevância em todas as suas posturas, em especial, quando se colocar diante do particular.

A segurança jurídica acaba por implicar, ao agir administrativo, a necessidade de preservar a confiança legítima que os particulares depositam na atuação dos agentes do Estado, notadamente em relação àquelas que tenham um caráter individual, isto é, que

tenham a aptidão para gerar repercussões jurídicas em relação a particulares que podem ser determinados de maneira específica.

Vale, desde já, fazer uma ressalva: o interesse público, único objeto de preocupação da Administração Pública, é dinâmico, sobretudo nos dias de hoje, em uma sociedade plural que reúne diversas pretensões de concretização de direitos igualmente relevantes. É evidente que a exigência de calculabilidade das condutas administrativas, decorrente da segurança jurídica, não implica a cristalização dos interesses a serem preservados pelo poder público, o que, na verdade, poderia contribuir para que eles não fossem adequadamente realizados, justamente por estarem sujeitos a alterações. Essa mesma exigência, contudo, também atua como uma espécie de contrapeso, que deve ser levado em consideração quando, no caso concreto, verificar-se uma mudança abrupta de cenário. Ainda que tenha por objetivo redirecionar a atuação das políticas públicas para atender a um interesse até então irrelevante, não percebido ou inexistente, a Administração Pública não deve ignorar que os particulares, em qualquer caso, merecem a consideração de que o cálculo que fizeram da conduta administrativa esperada não representa um dado a ser desprezado, mas, ao contrário, um elemento a ser respeitado e protegido.

A exigência de que a Administração Pública guie sua atuação pautada pela preservação do sentimento de confiança dos particulares na estabilidade de suas posturas é algo que se experimenta em diversas experiências jurídicas, com destaque para o Direito da Alemanha. Araújo (2009, p. 23-25) traz o diagnóstico de que, no direito tedesco do pós-guerra, juntamente com a emergência do Estado Social alemão, em detrimento do caráter absoluto do princípio da legalidade que informava a atividade administrativa, surgem manifestações que compreendem que mesmo o Estado deve pautar sua conduta pela possibilidade de que as suas ações futuras sejam aquelas esperadas.

Diferentemente do que ocorre no âmbito do Direito Civil, no Direito Administrativo os estudos, de forma tranquila, convergem no sentido de que a proteção à confiança repousa diretamente no conteúdo do Estado de Direito. Canotilho (1999, p. 73-74) destaca que o Estado de Direito traz em si a exigência de que “as pessoas têm o direito de poder confiar que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posição ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas ou em actos jurídicos editados pelas autoridades”. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça também reconhecem essa vinculação entre a segurança

jurídica dos particulares e o próprio ideal do Estado de Direito, como se vê, respectivamente, no Mandado de Segurança 24.268/MG e no Recurso Especial 658.130.

Essa preocupação quanto à necessidade de que o Estado, em todas as relações que estabelece com os particulares, esteja atento ao respeito às expectativas legítimas despertadas por suas posturas antecedentes deve ser considerada, inclusive, nas situações de penumbra, isto é, naquelas em que se revela difícil a precisa delimitação da natureza jurídica da atividade administrativa desempenhada no caso concreto.

Veja-se, a esse respeito, o exemplo trabalhado, com inegável viés crítico ao entendimento tradicionalmente consolidado, por Madeira, Martins e Ramada (2026, p. 23-41), em relação à possibilidade de imposição de obrigação indenizatória ao Estado pelos danos causados a veículos estacionados em vias públicas submetidas ao sistema de estacionamento rotativo explorado por delegatários. No artigo, os autores afirmam que “a concepção clássica da irresponsabilidade civil do Estado, fundada na ideia de que o soberano não poderia errar, foi superada no ordenamento jurídico brasileiro”. Embora se concorde com os termos gerais da afirmação, é possível acrescentar que, na experiência jurídica brasileira, essa teoria, típica dos Estados absolutistas, não encontrou acolhida plena nos mesmos moldes em que se desenvolveu em outros ordenamentos. Isso porque, desde a Constituição Imperial de 1824, já se admitia, ainda que mediante a demonstração do elemento subjetivo, a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções.

Para fundamentar a responsabilização do Estado pelos danos causados a veículos estacionados em vias públicas sob o sistema rotativo, os autores partem do teor da Súmula 130 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a empresa responde perante o cliente pela reparação de dano ou furto de veículo ocorrido em seu estabelecimento. Além disso, apoiam-se na obrigação reparatória subsidiária do poder público pelas condutas lesivas imputadas às pessoas jurídicas de direito privado que, mediante concessão, permissão ou delegação, desempenham atividade de interesse estatal. Nessa linha, sustentam que:

ao estacionar o veículo em local remunerado, o consumidor possui legítima expectativa de segurança e de adequada prestação de serviço, de modo que, à luz do Código de Defesa do Consumidor, tanto os estacionamentos privados quanto aqueles explorados por empresas permissionárias estão sujeitos ao dever de indenizar, desde que comprovado o dano e o nexo de causalidade.

O exemplo é relevante porque evidencia que a proteção da confiança legítima não se restringe às relações administrativas de contornos clássicos ou rigidamente delimitados. Ao contrário, ela também incide sobre zonas de interseção entre atividade administrativa, prestação delegada, exploração econômica e relação de consumo, sobretudo quando o próprio poder público cria, autoriza ou organiza uma estrutura que desperta no particular uma expectativa razoável de segurança, regularidade e adequada prestação do serviço. Nesse contexto, a confiança assume, na contemporaneidade, a condição de valor jurídico do qual a Administração Pública não pode se afastar, sob pena de tratar como irrelevantes situações jurídicas que ela mesma contribuiu para constituir.

No que diz respeito ao exercício das atividades administrativas em sentido estrito, é igualmente importante que a Administração Pública tenha consciência de que deverá atuar orientada pela necessidade de resguardar a segurança jurídica dos particulares. Muito embora se consubstanciem em atividades-meio, desenvolvidas no âmbito da própria Administração Pública e, na maior parte das vezes, desconhecidas de boa parte dos indivíduos, em muitos casos elas acabam incentivando os agentes privados a ajustarem seus recursos produtivos em torno de determinado objetivo, com a confiança de que aquela manifestação do poder público prosseguirá sem alterações substanciais, ao menos com a preservação das circunstâncias de base originárias, de tal modo que a finalidade do procedimento seja atingida e ele alcance o seu desfecho regular.

A seriedade que se espera no trato da coisa pública traduz a convicção de que qualquer procedimento iniciado no âmbito administrativo, como aquele instaurado para a contratação de novos servidores públicos, deverá alcançar o seu regular termo, salvo quando houver fundamento juridicamente idôneo para a sua interrupção, alteração ou encerramento prematuro.

A Administração Pública, da mesma maneira que qualquer ator social, necessita desfrutar de credibilidade, sobretudo quando se considera que, para o desempenho de suas obrigações constitucionais, precisa contar com a participação colaborativa de agentes privados.

Como reforça Couto e Silva (1982, p. 28) a necessidade de proteção à confiança dos particulares é essencial em um modelo de Estado que é devedor de muitas prestações, isso porque, potencialmente, é possível a prática de ações arbitrárias e injustas por seus agentes com o aumento da interação entre a organização estatal e as pessoas.

Quanto maior for o número de prestações devidas pelo Estado aos particulares, maior será a quantidade de atividades-meio a serem executadas, assim como mais numerosas serão as situações em que a Administração Pública dependerá da atuação de agentes privados. Basta pensar que a sua estrutura demanda a contratação de um expressivo contingente de servidores, bem como a aquisição de insumos materiais indispensáveis ao seu funcionamento, desde o edifício que abrigará a sede dos órgãos públicos até o papel e as canetas utilizados pelos servidores no atendimento da população. É impossível que tudo isso seja colocado à disposição dos gestores públicos sem que as atividades administrativas em sentido estrito sejam adequadamente executadas e, sobretudo, sem que potenciais colaboradores particulares sejam estimulados a participar da satisfação do interesse público.

Diante desse cenário, a construção de um agir administrativo que se comprometa, de forma efetiva, com a preservação da confiança legítima depositada pelos particulares não se apresenta como um simples desdobramento da legalidade constitucional, mas como uma imposição ética e procedimental que se impõe a qualquer atuação estatal em um regime verdadeiramente democrático. Reconhecer a confiança como um vetor normativo da conduta administrativa não significa limitar, por princípio, os espaços de discricionariedade que são próprios da atuação pública, mas, sim, reconhecer que essa discricionariedade, quando existente, deve ser exercida dentro de um campo de previsibilidade, de estabilidade e de transparência. Sem isso, o compromisso com a segurança jurídica — tão celebrado no plano retórico — transforma-se em letra morta. Por isso, cumpre à Administração Pública a responsabilidade de não trair, sem motivação idônea, as expectativas legítimas que ela própria alimentou nos sujeitos afetados por sua atuação.

3.1.2 A importância de reconhecer que o Direito Administrativo do Sul Global aprofunda os seus traços autoritários e a busca pela superação deste pensamento

“O reconhecimento formal de um novo Direito Administrativo que se submete à lei e não ao soberano ou ao Direito tradicional-costumeiro do medievo torna-o sem dúvida alguma um instrumento de libertação e não somente de dominação” é um trecho extraído de um dos artigos escritos por Gabardo e Hachem (2010, p. 159), no qual os autores debatem, sob o ponto de vista do princípio da supremacia do interesse público na avaliação da adequação da atuação da Administração Pública, a ideia em torno das origens do Direito Administrativo e, segundo eles, a sua relação com a concepção de que este campo

específico do saber surge voltado à proteção da liberdade dos particulares contra potenciais posturas do poder público que poderiam, em tese, interferir sobre a sua condição.

Essa visão é compartilhada por muitos autores, dentre os quais Aragão e Marques Neto (2017, p. 92), que imputam ao Direito Administrativo a finalidade de atuar como primeira barreira contra as manifestações do poder capazes de atingir os interesses dos particulares, “contornando os limites ditados pela adstrição do poder à lei (emanada do Parlamento) e à censura pelo Judiciário”.

Ao longo deste tópico, parte-se da compreensão de que a conformação do Direito Administrativo nos países do Sul Global não se apresenta como uma mera contingência histórica, mas, na verdade, como expressão direta da preservação de estruturas coloniais no exercício do poder. Nesse cenário, torna-se possível problematizar o contraste entre o modelo europeu que, não obstante a discussão acima mencionada, é tradicionalmente concebido como um instrumento de limitação do arbítrio estatal, e as especificidades latino-americanas, marcadas pelo mandonismo, pela centralização e pela subordinação econômica, que acabam, ao final, por reconfigurar a própria dinâmica dos institutos administrativos.

O Direito, enquanto ciência social aplicada, não pode ser compreendido, em sua essência, de forma dissociada da realidade na qual manifesta as suas potencialidades. Nesse sentido, as circunstâncias que marcaram o surgimento do Direito Administrativo como um conhecimento específico — em especial, destacando-o dogmaticamente do Direito Constitucional — certamente contribuem para essa afirmação recorrente — e que, vale destacar, não traduz um equívoco, mas tão somente uma leitura adequada da realidade — de que esse ramo do saber jurídico traz em si a natureza de protetor da liberdade particular frente à atuação soberana do Estado.

Há, portanto, uma estreitíssima relação entre o desenvolvimento científico inicial do Direito Administrativo e dois movimentos centrais para a conformação da sociedade ocidental contemporânea: o aprofundamento do constitucionalismo e a Revolução Francesa. No que se refere ao constitucionalismo, como já se mencionou, trata-se do equivalente ao Iluminismo nas ciências jurídicas, o que implica o reconhecimento de que um Estado precisa instituir-se sob regras que legitimem o exercício do poder, inclusive mediante o reconhecimento de direitos considerados essenciais por cada agrupamento humano. Já no que diz respeito à Revolução Francesa, como todo evento histórico, ela não se dá em um momento isolado que possa ser pontualmente assinalado no calendário, mas

decorre de uma série de acontecimentos que antecedem a ruptura com a ordem anterior. Ainda assim, considera-se como seu marco inaugural a convocação dos Estados Gerais e, sobretudo, a Queda da Bastilha, ocorrida em 14 de julho de 1789.

É interessante evidenciar como, quando e onde se deu a gênese do Direito Administrativo e, neste ponto, Binenbojm (2024, p. 49-50) apresenta uma abordagem ímpar do tema, enfrentando a questão sob o enfoque da produção legislativa, das contribuições acadêmicas e das manifestações pretorianas. No plano legislativo, a Lei de 28 de Pluviose do ano VIII é apontada como um dos marcos do surgimento do Direito Administrativo, ao regulamentar a estrutura de funcionamento dos órgãos que compõem a Administração Pública francesa. A jurisdição contribuiu ao decidir, em reiteradas manifestações — sobretudo no célebre caso Blanco. Já a academia influenciou a autonomia científica a partir de um tripé: a publicação do livro *Principes d'Administration Publique*, de Charles Jean Bonin, que fez a primeira separação do Direito Administrativo em relação ao Direito Constitucional; a criação, na Universidade de Paris, da cátedra de *Droit Administratif*; e a obra *Institutes de Droit Administratif Français*, do Barão de Gérando, sistematizando a disciplina.

Se a experiência europeia posiciona o Direito Administrativo como uma barreira de proteção dos particulares contra os eventuais excessos do poder constituído, infelizmente, não se pode afirmar o mesmo em relação ao contexto latino-americano. Em sociedades com fortes traços coloniais, marcadas pela desigualdade e pelo exercício vertical do poder, frequentemente acompanhado de um profundo déficit democrático, impôs-se ao Direito Administrativo e aos seus institutos uma dinâmica com feições notadamente autoritárias.

Qualquer reflexão em torno das relações que se estabelecem entre o poder do Estado e os particulares nos países da América Latina não pode deixar de considerar dois parâmetros que conformam, sobremaneira, o modo de incidência dos institutos afetos ao Direito Administrativo nos casos concretos: a ideia de Sul Global e o forte traço autoritário que caracteriza, dentre outros aspectos, o exercício do poder nesses locais.

Em primeiro lugar, é necessário delimitar aquilo que se considera como Sul Global. Trata-se de um conceito elaborado, como ensina o português Santos (2022, p. 18), a partir da experiência do Fórum Social Mundial, cuja primeira edição ocorreu em 2001, na cidade de Porto Alegre, implicando a ideia de que o reconhecimento da valia do desenvolvimento do conhecimento científico, principalmente estruturado na Europa e nos

Estados Unidos da América, não se consubstancia como o único conhecimento válido, mas de que o conjunto de saberes dos povos submetidos ao processo de colonização desde meados do século XV também precisa ser reconhecido.

Essa peculiaridade latino-americana não é um fenômeno isolado, mas parte de uma dinâmica mais ampla que conecta os países do Sul Global. O denominador comum dessas sociedades é a herança da colonialidade, que persiste na forma como o poder é exercido, configurando sistemas administrativos voltados mais à manutenção da ordem estabelecida do que à proteção das liberdades individuais.

Para compreender o conceito de Sul Global, nos moldes desta pesquisa, é essencial partir da premissa de que não se trata de uma categoria baseada em critérios geográficos. Na verdade, o termo designa o conjunto de países que carregam, na estrutura de sua formação histórica e contemporânea, a experiência de exploração colonial, culminando em uma posição de subordinação na ordem internacional que, infelizmente, é de difícil superação.

Assim, o principal ponto de contato entre os países do Sul Global reside em sua história comum⁹², marcada por um processo de exploração colonial que resultou no saque sistemático das riquezas naturais pertencentes aos povos originários que foram levadas, em sua maioria, na direção da Europa. Na maior parte dos casos, essa apropriação foi acompanhada pelo extermínio de populações inteiras e pela erosão de seus traços culturais, o que assegurava que tudo aquilo dotado de valor econômico fosse direcionado às metrópoles coloniais.

O processo de exploração econômica dos países do Sul Global que se inicia no período da colonização e se perpetua, por diversas formas, até os dias atuais é detalhado na obra seminal de Galeano (2022, p. 18-19) em trecho que merece ser transcrito:

É a América Latina, a região das veias abertas. Do descobrimento aos nossos dias, tudo sempre se transformou em capital europeu ou, mais tarde, norte-americano, e como tal se acumulou e se acumula nos distantes centros do poder. Tudo: a terra, seus frutos e suas profundezas ricas em minerais, os homens e sua capacidade de trabalho e de consumo, os recursos naturais e os recursos humanos. (...) A força do conjunto imperialista reside na necessária desigualdade das partes que o formam, e essa desigualdade assume magnitudes cada vez mais dramáticas.”

⁹² Se, por um lado, é indiscutível que os países do Sul Global compartilham uma experiência histórica de colonização cujos efeitos se estendem até os dias atuais, por outro, não se pode assumir que constituam um bloco homogêneo. Cada país deve ser considerado em suas vicissitudes próprias, em seus traços culturais singulares, em sua composição social característica e na forma como se estabelece a interação entre o poder e os particulares, frequentemente marcada por relações de desequilíbrio.

No processo de colonização, a metrópole enviava à colônia um representante que atuava no novo território praticamente sem quaisquer limites, isso porque sua incumbência era assegurar que os interesses daquela estivessem plenamente resguardados pouco importando a que custo para os colonizados. Para cumprir essa função, esses representantes concentravam poderes políticos, administrativos e, muitas vezes, militares, o que lhes permitia impor normas, controlar a exploração dos recursos naturais e regular as atividades econômicas segundo os interesses metropolitanos.

Essa estrutura de poder não apenas subordinava as populações locais como também inviabilizava a autonomia política, econômica e cultural das colônias, consolidando um modelo assimétrico que beneficiava quase exclusivamente as metrópoles. Esse arranjo histórico criou um *modus operandi* do poder constituído que é chamado por Schwarcz (2019, p. 41) de mandonismo, traduzido no dito popular “manda quem pode, obedece quem tem juízo”.

Há, nesse sentido, um déficit democrático histórico no exercício do poder em relação aos particulares, razão pela qual se torna ainda mais premente uma ampla recompreensão dos institutos do Direito Administrativo que, diga-se, herdou muito desse perfil. É o que se percebe quando se busca estabelecer, ainda que em linhas gerais, em que se consubstancia o interesse público, vulgarmente confundido com os interesses do Estado, e de que maneira ele acaba sendo mobilizado para reduzir qualquer possibilidade de oposição dos particulares, especialmente quando estes integram grupos em situação de vulnerabilidade social. É como se a vontade do poder público se impusesse sobre os indivíduos simplesmente porque afirma desempenhar uma função voltada ao benefício de determinada coletividade.

A análise até aqui realizada evidencia que a dinâmica autoritária do Direito Administrativo no Sul Global não é uma externalidade isolada, mas, uma característica estruturante do exercício do poder e da constituição do ordenamento jurídico. Essa conclusão acaba por ratificar a afirmação de que nas sociedades marcadas pela colonialidade, o aparato administrativo não tem o escopo da emancipação dos cidadãos, mas, ao contrário, consubstancia-se como um mecanismo de subordinação política, econômica e social.

Um exemplo que evidencia com clareza a permanência de estruturas assimétricas no exercício do poder estatal é o instituto da desapropriação, regulado pelo Decreto-Lei n. 3.365/1941, especialmente no que concerne à histórica ausência de reconhecimento da

possibilidade de indenização dos possuidores do imóvel objeto de interesse do Estado para a satisfação de finalidades de utilidade pública, necessidade pública ou interesse social.

Quanto aos efeitos da intervenção estatal sobre o particular que sofre a expropriação do bem cujo domínio lhe pertence, observa-se um tratamento marcadamente distinto conferido a proprietários e possuidores. Naturalmente, aquele que figura no registro imobiliário como titular da propriedade objeto de interesse do poder público recebe, de forma praticamente automática, a devida reparação pela perda do seu direito.

Já os possuidores — que, não raro, são justamente aqueles que, mediante a ocupação, conferem ao imóvel a destinação social adequada — apenas em tempos mais recentes passaram a ter reconhecido o direito à indenização pelos Tribunais Superiores⁹³. Não obstante, condiciona-se o pagamento à comprovação da boa-fé da posse exercida e à demonstração do efetivo cumprimento da função social do imóvel, de modo que o direito do possuidor exige um lastro probatório significativamente mais robusto do que o exigido do proprietário para que a reparação patrimonial seja devida pelo Estado.

Assim, enquanto o proprietário tem reconhecido o seu direito à indenização integral, automática e constitucionalmente protegida, o possuidor, além de ter assegurada apenas uma indenização parcial, ainda vê o reconhecimento do seu direito condicionado a um esforço probatório significativamente mais rigoroso, devendo demonstrar, no curso do processo judicial, que a sua posse é juridicamente apta a possibilitar, em momento futuro, a aquisição da propriedade por meio da usucapião.

Um outro exemplo que serve para demonstrar essa relação autoritária que se estabelece entre os agentes da Administração Pública e os particulares diz respeito ao crime de desacato, cuja descrição típica está contida no art. 331 do Código Penal Brasileiro, com sanção prevista no preceito secundário de seis meses a dois anos de detenção, além do pagamento de multa.

Não se desconhecem, é importante destacar, os intensos questionamentos quanto à adequação constitucional da manutenção da incriminação da conduta descrita no referido dispositivo. Todavia, por tratar-se de pesquisa voltada essencialmente ao Direito

⁹³ A decisão proferida no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2.081.879/SC confere a exata dimensão do entendimento atualmente consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que os possuidores, desde que exerçam a posse com animus domini, fazem jus à indenização caso o imóvel por eles ocupado seja objeto de desapropriação. Ao exigir que a posse seja juridicamente apta à aquisição da propriedade por meio da prescrição aquisitiva, o que se observa é que o direito do possuidor, para ser reconhecido, demanda um lastro probatório significativamente mais robusto do que aquele exigido do proprietário.

Administrativo, e não ao Direito Penal, essa celeuma não será objeto de análise mais aprofundada. O que se pretende, ao trazer esse caso à luz, é algo mais simples: evidenciar o ânimo de intimidação que, por meio de tal previsão normativa, é impingido ao administrado.

Era algo muito corriqueiro que os órgãos públicos mantivessem afixado, em local de fácil acesso aos olhos das pessoas que buscavam o atendimento do serviço público, uma espécie de aviso contendo o texto do art. 331 do Código Penal Brasileiro. A intenção com isso, certamente, não era a de dar publicidade ao enunciado normativo, mas, tão somente, impor ao particular que se dirige ao agente público um temor desnecessário e, não raras vezes, sujeitá-lo ao humor momentâneo de quem presta o atendimento, de tal maneira que qualquer palavra mal recebida poderia culminar com um processo-crime ou, ao menos, com a instauração de um inquérito policial.

Além do desconforto que produz no particular e de tensionar a relação entre servidor e destinatário dos serviços públicos de forma geral, esse aviso ostensivo ainda gera uma outra externalidade que, ao final, compromete a eficiência exigida pelo art. 37, caput, da Constituição Federal da República de 1988, uma vez que, como foi bem diagnosticado na justificativa do Projeto de Lei n. 8.073/2017 (Brasil, 2017):

Trata-se de verdadeira intimidação dos cidadãos, uma vez que estes, na hipótese de prestação inadequada e ineficiente de um serviço público, se sentem desestimulados a formular qualquer crítica por receio de que seja interpretada como desacato.

Neste ponto, soa interessante, para não dizer pitoresco, o recente movimento observado no Direito Administrativo, umbilicalmente conectado à ideia de criação de mecanismos destinados a desafogar o Poder Judiciário, no sentido de estimular que potenciais controvérsias sejam solucionadas na via administrativa, inclusive por meio de dispute boards ou de câmaras extrajudiciais de solução de conflitos. Para que isso seja possível, é indispensável, como uma espécie de pressuposto, que o particular tenha a certeza de que não será relegado a uma posição de submissão ao poder público, mas de que a Administração Pública, ainda que atuando em prol de um interesse público, estará em uma relação de maior horizontalidade e, principalmente, receberá efetivamente as ponderações que lhe forem dirigidas, inclusive para que, se for o caso, reconheça que agiu em desacordo com a legalidade.

Esse ímpeto que se observa em muitos agentes públicos de impor a sua vontade, muitas vezes sem qualquer argumento consistente, mas tão somente pela suposta posição

de superioridade em que se investem em relação aos particulares, coloca em xeque qualquer tentativa de concretização do ideal de solução administrativa de eventuais controvérsias.

Esses exemplos demonstram que no contexto do Sul Global o Direito Administrativo, infelizmente, ainda mantém resquícios autoritários que, na experiência brasileira, ainda demandam a superação mesmo em nossos dias e passadas mais de duas décadas da redemocratização. Eles refletem a urgência de se repensar o papel do Direito Administrativo no Sul Global, de modo que seus institutos não se convertam em instrumentos de perpetuação de estruturas autoritárias, mas sirvam, efetivamente, à promoção da cidadania e à realização dos direitos fundamentais.

3.2 A CONSTITUIÇÃO COMO PLANO NORMATIVO DO AGIR ADMINISTRATIVO ADEQUADO

É indiscutível a contribuição que José Afonso da Silva legou para a formação do pensamento constitucional brasileiro a partir das suas diversas obras. Em uma dessas obras, Silva (2025, p. 25-26), ao tentar delimitar de maneira objetiva aquele que seria o seu objeto de estudo para a estruturação do que designou como um conhecimento constitucional, destacou que o objeto de qualquer constituição é estabelecer as linhas fundacionais sobre as quais será construído o Estado, concebido como “uma comunidade humana localizada num território determinado sob um poder autossuficiente”.

É possível, ainda, perfilar uma linha mais sociológica do sentido da constituição e, como Lassale (2000, p. 10), dizer que ela deve representar, em sua concepção material, uma espécie de retrato fiel daqueles que são os fatores reais do poder que interferem na dinâmica do exercício do poder político-econômico na sociedade que será por ela regulada, sob pena de, caso isso não ocorra, limitar-se a uma folha de papel despida de qualquer relevância.

Neste momento, é interessante compreender qualquer constituição, especialmente aquelas que, como a Constituição Federal da República de 1988, surgem entremeadas por diversas normas de cunho programático, e, ainda mais, quando elas se situam no *locus* latino-americano de constitucionalismo com todos os atravessamentos que o reconhecimento dessa condição implica⁹⁴.

⁹⁴ Cyrillo (2024, p. 15) destaca como traço comum característico dos países que se inserem no fenômeno do novo constitucionalismo latino-americano o seu processo de constitucionalização marcado por um pacto estabelecido entre forças políticas conservadoras e progressistas, culminando em “um perfil social em matéria de direitos, mas bastante conservador em matéria de organização de poderes”. Passado um bom tempo desde o advento da Constituição Federal da República de 1988 é possível dizer, sem ocupar um local crítico

Recorrendo, mais uma vez, ao pensamento referencial de Silva (2002, p. 135-136), em sua obra seminal sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, é possível dizer que a inclusão de normas programáticas em um texto constitucional que pretende, em sua inteireza, ser eficaz para incidir, mesmo com diferentes intensidades, sobre as relações sociais reflete um compromisso firmado pelo poder constituinte que deverá, impositivamente, ser realizado pelos poderes constituídos. Para estabelecer tais compromissos o poder constituinte não parte do vácuo, mas, ao contrário, da apreensão do momento constituinte em seu estado mais latente que, em última análise, representa um conjunto de objetivos que nortearão as políticas públicas.

Pode-se dizer, neste sentido, que a constituição assume, em relação às normas compromissórias, um nítido papel de diagnóstico: o poder constituinte parte de um estado de coisas que deve ser alterado pelos poderes constituídos por refletir uma preocupação daquela sociedade com o Estado que está a ser findado. Assim sendo, é possível chegar a um conceito de constituição-diagnóstico, concebida como uma constituição que considera os problemas que conduziram ao momento constituinte e que deverão ser a especial preocupação dos poderes constituídos, pois evidenciam o motivo pelo qual ocorreu a refundação da ordem jurídica.

Essa ideia é importante para a tarefa a ser realizada neste tópico do trabalho, qual seja, estabelecer as bases constitucionais necessárias para extrair aquilo que deve ser considerado como um agir administrativo adequado em relação aos particulares. Para que se obtenha, sob o ponto de vista epistemológico, um resultado racional acerca da conduta administrativa esperada pela ordem constitucional vigente, é possível construí-lo a partir do conjunto de normas — sobretudo dos princípios — que foram encartados pelo poder constituinte desde outubro de 1988.

A investigação em torno do agir administrativo não é uma mera reflexão subjetiva neste ponto, mas, a partir dos referenciais escolhidos, uma concepção dogmático-normativa a partir do que estabelece a Constituição Federal da República de 1988.

3.2.1 A eficiência como vetor constitucional de resultados

Nessa busca por elementos objetivos no ordenamento jurídico brasileiro e, sobretudo, no texto constitucional, que permitam delimitar as características de um agir

exagerado, que em diversos pontos, o texto constitucional que prometia o surgimento de um novo Estado brasileiro, com indiscutível justiça social e concretização do mínimo existencial, mas, a atuação das forças políticas conservadoras, infelizmente, se revela exitosa na mudança do *status quo*.

administrativo que é esperado pelos particulares, inclusive nas atividades administrativas em sentido estrito, um interessante ponto de partida pode ser o art. 37, caput, da Constituição Federal da República de 1988.

Com a redação conferida pela Emenda Constitucional n. 19/1998, o art. 37, caput, da Constituição Federal da República de 1988 ao inaugurar o Capítulo VII, destinado à disciplina da Administração Pública brasileira, apresenta os princípios que lhe são estruturantes, dentre os quais avulta o da eficiência. Esse realce decorre do fato de que, entre os princípios setoriais da Administração Pública, a única alteração promovida no texto originário pelo legislador constituinte reformador naquele momento consistiu na inclusão da eficiência como vetor a ser observado pelo poder público em todas as suas manifestações.

A análise sistemática do ordenamento jurídico pátrio revela que a eficiência administrativa, ao final da década de 1990, consolidava-se como uma das preocupações centrais do Estado, que, naquele período, atravessava a sua primeira reforma administrativa, orientada pela redução das dimensões da máquina pública e pela incorporação, no setor público, de alguns valores tradicionalmente associados à iniciativa privada. A eficiência, nesse contexto, não se limitou à previsão constitucional, irradiando-se igualmente para a Lei n. 9.784/1999, diploma que buscou conferir racionalidade ao processo administrativo federal, em um cenário marcado pela procedimentalização do agir estatal como autêntica garantia dos particulares.

Ao estruturar a Lei n. 13.460/2017, responsável por regulamentar o art. 175 da Constituição Federal da República de 1988 e estabelecer os direitos dos particulares usuários dos serviços públicos, o art. 3º prevê expressamente que a eficiência integra esse rol de direitos e, por conseguinte, confere aos particulares destinatários dos seus serviços a prerrogativa de exigir que a Administração Pública, na prestação da utilidade específica, atue de modo eficiente.

A eficiência pode ser compreendida, assim, como o valor nuclear⁹⁵ que orientou toda a arquitetura da primeira onda de reformas administrativas no Brasil contemporâneo⁹⁶, especialmente no período pós-redemocratização⁹⁷. Tal constatação encontra respaldo nas manifestações de Cardoso (2003, p. 17) e de Pereira (2003, p. 36), que, ocupando a Presidência da República e o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado à época da reforma administrativa de 1998, respectivamente, afirmam textualmente que a principal diretriz era implementar no poder público uma lógica orientada para resultados, em detrimento do apego acrítico à burocratização.

Em que pese o conteúdo do princípio da eficiência possa soar intuitivo e conduzir a um inicial desinteresse pela sua precisa delimitação, como observa Gabbardo (2002, p. 24-26), a sua correlação com outras categorias, muitas delas analisadas por diferentes campos do saber, revela-se relevante para a adequada compreensão do recorte aqui adotado. De modo particular, quando se considera que o objeto deste trabalho é o prejuízo decorrente do desvio produtivo imposto ao particular em razão de uma atividade administrativa ineficiente, a tarefa de evidenciar o conceito de eficiência que será empregado nesta tese mostra-se ainda mais importante.

⁹⁵ Embora a eficiência tenha sido ressaltada como elemento central na elaboração da primeira onda de reformas administrativas, é necessário destacar que ela não representou a única preocupação dos seus arquitetos. Também se podem identificar, como pontos sensíveis daquela reestruturação institucional, a implementação de um modelo de Estado Regulador, materializado na criação, inspirada na experiência estadunidense, de agências incumbidas de fiscalizar e estabelecer normas técnicas para determinadas atividades, bem como a delimitação das funções consideradas estratégicas para o Estado e que, por essa razão, deveriam permanecer sob sua responsabilidade direta.

⁹⁶ O trabalho menciona a Emenda Constitucional n. 19/1998 como marco inaugural da primeira onda de reformas administrativas, em virtude do surgimento, sobretudo no último quarto do ano de 2025, de um novo movimento reformador com nítida pretensão de implementação de um Estado mínimo, com viés liberal extremado, materializado no Projeto de Emenda Constitucional n. 38/2025. Trata-se de proposta de duvidosa constitucionalidade, na medida em que, aparentemente, se divorcia da identidade constitucional estabelecida em 1988, restringe a possibilidade de concretização de direitos fundamentais, vulnera o núcleo essencial das instituições de controle democrático e, ainda, busca ultrapassar a exigência republicana do concurso público como método de ingresso nas carreiras estatais. Cumpre observar que essas mesmas carreiras, caso a proposta seja aprovada, deixariam de conferir estabilidade aos seus membros, expondo-os a eventuais perseguições e interferências de agentes políticos.

⁹⁷ A eficiência dos serviços públicos era uma preocupação já registrada ao tempo da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Essa temática ganhou ainda maior repercussão no final dos anos 1990, alcançando o seu ponto de culminância com o advento da Emenda Constitucional n. 19/1998 e permanecendo, até os dias atuais, no centro da pauta do debate público. Em um conjunto de manifestações que tomou as ruas de diversas capitais do Brasil — sobretudo em São Paulo e no Rio de Janeiro — o movimento de junho de 2013, apesar de sua reconhecida fragmentariedade de lideranças e pautas, possuía como um de seus motes, conforme diagnóstico realizado na pesquisa publicada por Belieiro Júnior e Lopes (2019, p. 15), a queixa por serviços públicos mais eficientes e, igualmente, mais econômicos. Essa é a mesma interpretação dos fatos extraída por Nobre (2022, p. 19-30) pontuando que a demanda por serviços públicos mais eficientes era um dos elementos que justificava a reclamação, em geral, dirigida contra os representantes políticos.

Um caminho comumente percorrido pela doutrina consiste em abordar a ideia de eficiência a partir dos meios empregados pela Administração Pública para satisfazer os interesses da coletividade. Moreira (2000, p. 330), Parejo Alfonso (1995, p. 330), Aragão (1997, p. 108) e Loureiro (1995, p. 132), ao examinarem o princípio da eficiência, sustentam que tal vetor normativo volta-se primordialmente à qualidade e à adequação dos instrumentos utilizados pela Administração Pública no desempenho das suas atividades.

O conteúdo da eficiência administrativa está ligado à ideia de uma atuação estatal que busque alcançar os seus resultados a partir do emprego racional dos recursos financeiros e humanos que se encontram à disposição do poder público, se não de maneira ideal, ao menos de forma otimizada. A atividade administrativa eficiente é aquela que procura extrair o máximo rendimento dos meios disponíveis para o desempenho das funções que lhes são próprias e que culminarão, como já exposto, na concretização dos direitos dos particulares, finalidade última da Administração Pública democrática.

Em artigo no qual examina o princípio da eficiência, Aragão (2004, p. 1) preocupa-se, logo de início, em assentar que a Administração Pública está obrigada a observar, na aplicação das normas voltadas à realização do melhor interesse da coletividade, que a sua atividade seja desempenhada sempre com vistas aos “menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos”.

Percebe-se, dessa constatação, que a eficiência deve ser analisada sob um duplo aspecto. O primeiro deles, de natureza mais diretamente econômica, representa a necessidade de racionalizar os recursos à disposição do Estado para a realização de suas atividades, o que envolve tanto o pessoal quanto os recursos financeiros que compõem o erário, de modo que a atuação administrativa possa alcançar, de forma benéfica, o maior número possível de indivíduos no atendimento de seus interesses legítimos. Se, como dito, é cada vez mais numerosa e complexa a atuação do poder público em diversas atividades voltadas à satisfação dos interesses da coletividade e, ao mesmo tempo, os recursos disponíveis para tanto são finitos, torna-se indispensável que a Administração Pública seja eficiente.

O segundo aspecto impõe que o Estado também seja eficiente na criação de restrições aos direitos dos particulares para que possa exercer as suas funções, o que se dá não apenas em relação ao exercício do poder de polícia, mas igualmente quando estabelece as obrigações tributárias devidas pela coletividade para o financiamento do aparato público.

Na medida em que a Administração Pública atua de maneira eficiente, será necessária uma quantidade menor de recursos para desempenhar as mesmas atividades, o que, sem dúvida, restringe em menor escala a liberdade patrimonial dos particulares.

Se o desempenho das atividades administrativas, como qualquer outra, exige o emprego de recursos de diversas naturezas e, no caso do Estado, tais recursos são obtidos por meio do recolhimento de tributos que representam a retirada compulsória de parte do patrimônio dos particulares, quanto menor for o volume de recursos necessário à manutenção da máquina pública, menor será a ingerência do poder público no patrimônio privado por meio das imposições tributárias dirigidas a essa finalidade.

Nessa perspectiva, o princípio da eficiência impõe a rejeição do uso de recursos públicos desnecessários, improdutivos ou incapazes de promover qualquer benefício aos administrados que, mediante o recolhimento de tributos, entregam expressiva parcela de suas riquezas para que as atividades de interesse coletivo sejam devidamente executadas.

Os recursos, sobretudo em Estados marcados por desigualdades estruturais — como, lamentavelmente, ocorre no Brasil —, sempre são escassos diante das múltiplas necessidades que precisam ser atendidas, em especial, dos grupos sociais vulnerabilizados. Por essa razão, revela-se ainda mais indispensável que sua alocação seja orientada por uma lógica de otimização. As incontáveis demandas sociais exigem dos administradores públicos uma postura eficiente não apenas no momento da formulação das políticas que visam à realização do projeto constitucional, mas, igualmente, na execução das atividades desempenhadas pelos agentes estatais, de modo que os recursos humanos sob sua responsabilidade não sejam desperdiçados.

Não é por outro motivo que se percebe uma crescente preocupação, no âmbito das normas de Direito Administrativo, no sentido de que os gestores combatam, por meio de diferentes instrumentos, o desperdício no setor público. Ao tratar da licitação como um macroprocesso que tem, na sua fase interna, um dos mecanismos voltados à contenção de gastos públicos desnecessários, o art. 12, VII, da Lei n. 14.133/2021 estabelece que os documentos de formalização de demanda deverão ser levados em consideração pelos órgãos de planejamento de cada ente federativo, de modo a racionalizar os seus investimentos, inclusive com a não realização de um procedimento licitatório que se revele desnecessário, a partir da elaboração de um Plano de Contratação Anual que descreva, com algum grau de exatidão, aquilo que deverá ser adquirido para viabilizar a entrega das prestações aos particulares.

A questão da escassez de recursos públicos, quando analisada a partir de uma atuação eficiente, manifesta-se, principalmente, nas atividades administrativas em sentido estrito, na medida em que, como ressaltam Souza e Santos (2022, p. 92-94), será a gestão de recursos humanos e a formalização de procedimentos que permitirão que o máximo seja realizado em prol do interesse público com o mínimo de investimentos. O planejamento, nesse contexto, revela-se essencial para a execução econômica de qualquer atividade.

Assim, o primeiro parâmetro constitucional que pode ser enunciado como essencial para a definição de um modelo de agir administrativo adequado é a observância da eficiência, de modo que a Administração Pública deve empregar os recursos que se encontram à sua disposição de maneira otimizada, evitando desperdícios, a afetação de servidores a tarefas desnecessárias, entre outras condutas que comprometam o bom desempenho funcional.

3.2.2 O direito fundamental à boa-administração

A articulação do direito fundamental à boa-administração como parâmetro inarredável do agir estatal na ordem jurídica contemporânea demanda, antes mesmo da delimitação do seu conteúdo, a resposta à seguinte indagação: é possível afirmar que o direito brasileiro o acolheu? Essa dificuldade, vale dizer, é compartilhada com Valle (2011, p. 58), que fez questão de enfatizar que, além de representar um truísmo adjetivar positivamente a atuação da Administração Pública, deve ser examinada a possibilidade de se importar, para a nossa experiência constitucional, um fenômeno inicialmente idealizado no cenário comunitário europeu, que, como se sabe, é distinto a partir de diversos aspectos.

De fato, a advertência quanto à cautela na introdução de qualquer instituto jurídico em contexto diverso daquele em que foi concebido revela-se ainda mais pertinente quando o que se discute é a relação entre norte e sul global, em virtude das condições já exploradas há algumas páginas. Isso porque, sendo inegável que o Direito constitui um fenômeno cultural, transplantar um mecanismo moldado à realidade do norte global pode — ou melhor, deve — implicar instrumento de subalternização da capacidade de produção normativa e institucional adequada às particularidades da periferia do sistema-mundo.

As práticas coloniais, tal como se davam na realidade brasileira desde 22 de abril de 1500 até 7 de setembro de 1822, passaram por um processo de transformação, de tal maneira que a relação senhor-subordinado entre Estados — e principalmente entre povos — foi reconfigurada, de modo que a imposição de elementos culturais, como percebe Santos

(2022, p. 42-44), reflete a sua nova face. A partir dessa imposição, por exemplo, os países que estão na parte inferior da “linha abissal” se prestam ao papel de experimentos para determinadas práticas que, se forem bem-sucedidas, podem ser implementadas no Norte global. Essa é, em linhas gerais, a ideia de emergência da construção de um pensamento decolonial.

Dutra (2018, p. 87-91) reúne, em artigo fruto de uma pesquisa de fôlego sobre a questão dos transplantes jurídicos, as principais externalidades que podem surgir a partir da decisão de simplesmente transplantar um instituto que foi exitoso para o seu desiderato em uma experiência jurídica para outra absolutamente distinta. A primeira delas é a de que um instituto idealizado seguindo determinada dinâmica social, ao ser inserido para regulamentar uma sociedade distinta, pode produzir efeitos diversos daqueles que são esperados, inclusive a sua inefetividade. A segunda é a de que qualquer mecanismo jurídico pode ser compreendido como um organismo vivo que, nesse sentido, pode ser rejeitado pelo sistema em que será incluído. A terceira é a de que os transplantes jurídicos, em geral, estão ligados a um prestígio – muitas vezes sem justificativa racional – que fenômenos culturais dos Estados colonizadores exercem, até os dias atuais, sobre aqueles que foram colonizados, sendo atualmente reconhecido descabida a ideia de “IKEA legal”⁹⁸. A quarta é a de que o transplante ignora, por completo, a necessidade de que o instituto jurídico seja previamente contextualizado ao ordenamento em que será inserido, bastando para muitos o falacioso argumento de que o sucesso percebido em uma experiência nacional será necessariamente replicado naquela que recebe a inovação normativa.

É muito interessante o diagnóstico por ele realizado que, claramente, envereda por um caminho semelhante ao que Luhmann (2011, p. 104-111) traz em sua *Introdução à Teoria dos Sistemas* e que compreende que o Direito é autopoietico – ou seja, se manifesta em um processo contínuo de reconstrução dos seus elementos internos – e, nesse movimento, observa a articulação das comunicações presentes na sociedade para se conformar e gerar consequências, razão pela qual ele pode produzir resultados distintos conforme o que se apresenta em cada realidade social. Um instituto jurídico interage de

⁹⁸ Para deixar mais claro o que se considera como “IKEA legal”, expressão que é empregada por Dutra (2018, p. 91), a partir das referências por ele extraídas de Günther Frankenberg, essa metáfora designa “uma seleção de objetos transferíveis que, descontextualizados, passam a fazer parte de um repertório global (uma verdadeira Ikea legal) como se fossem as melhores respostas jurídicas para todos os problemas enfrentados pelas sociedades contemporâneas”. A metáfora reflete a ideia de que os institutos jurídicos, assim como – alguns – produtos disponíveis no mercado do consumo podem ser oferecidos a sociedades distintas sem qualquer preocupação com a sua adaptação às realidades/necessidades, ou seja, toma o Direito como algo absolutamente neutro, o que, como se sabe, é uma premissa equivocada.

determinada forma em um dado sistema, de maneira distinta daquela que se observa em outro, justamente porque nunca pode ser considerado em funcionamento isolado dos demais componentes da ordem legal e, sobretudo, social.

O debate em torno da afirmação quanto à existência de um direito fundamental à boa administração no Brasil passa por essa reflexão, na medida em que a sua origem mais remota está na realidade comunitária europeia, haja vista que ele foi enunciado com essa natureza, reconhecido explicitamente com a Carta de Nice. Em outras palavras, a tarefa que se impõe ao investigar um direito fundamental à boa administração depende da avaliação quanto à constatação de se ele encontrou as condições necessárias para ser importado, de forma adequada, para o contexto normativo e institucional brasileiro.

Se o Tratado de Roma, firmado em 1957 por Alemanha Ocidental, França, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo, pode ser considerado o marco normativo inicial do mais bem-sucedido modelo de integração entre Estados nacionais até o presente momento, com a criação da Comunidade Econômica Europeia e da Comunidade Europeia de Energia Atômica, a Carta de Nice, de 2000, apresenta-se como o documento incumbido de estabelecer os direitos fundamentais reconhecidos pelos países da União Europeia como devidos aos seus cidadãos.

Em seu artigo 41, a Carta de Nice prevê um direito fundamental dos cidadãos europeus à boa administração, nos seguintes termos:

Artigo 41.

Direito à Boa Administração

1. Todas as pessoas têm direito a que seus assuntos sejam tratados pelas instituições ou órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num período razoável.
2. Esse direito compreende, nomeadamente:
 - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente.
 - o direito de qualquer pessoa ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial.
 - a obrigação, por parte da administração de fundamentar as suas decisões.
3. Todas as pessoas têm o direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.
4. Todas as pessoas têm possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

É perceptível a criação a partir de uma elaboração que parte de uma formulação fluídica, mas, com a prática do Provedor de Justiça⁹⁹, o conteúdo do art. 41 da Carta de

⁹⁹ Como esclarece Valle (2011, p. 63), o Provedor de Justiça, na estrutura institucional da União Europeia, ocuparia uma posição de destaque na concretização do direito à boa administração, uma vez que, dentre as suas atribuições, “destaca-se a prerrogativa da instalação e da condução de investigações (de ofício ou

Nice acabou, aos poucos, sendo aclarado e, com isso, um conceito de boa administração veio à lume. Nesse ponto, especial relevância assume o Informe Anual de 1995, quando afirmou que o direito à boa administração corresponde ao dever dos órgãos da Comunidade Europeia de atuar, nos casos concretos, com a estrita observância das regras e dos princípios veiculados nos Tratados e das determinações do Tribunal de Justiça, conferindo ao dispositivo da Carta de Nice um caráter nitidamente mais aberto. Assim, o primeiro parâmetro de uma boa administração é a observância das normas jurídicas que englobam, como se sabe, as regras e os princípios.

Posteriormente, no Informe Anual de 1999, o Ombudsman deu uma contribuição decisiva para a afirmação do direito à boa administração: afirmou, de forma explícita, que esse direito se consubstancia como um dos elementos legitimadores do processo de integração comunitária, de tal maneira que, a partir dessa exortação, surgem o Código Europeu de Boa Conduta e a Declaração de Laeken, de 15 de dezembro de 2001, esta última voltada a estabelecer os marcos para o futuro da União Europeia. É de se notar que na experiência comunitária o direito à boa administração é mais do que um direito dos cidadãos europeus, isso porque, ele é um elemento que legitima a própria constituição da Comunidade.

Valle (2011, p. 165), ao explorar o conteúdo do direito à boa administração, traz uma reflexão relevante acerca de um elemento que, segundo a autora, deve necessariamente estar presente no agir administrativo nas relações estabelecidas entre a Administração Pública e o particular:

Para o desenvolvimento desse mister, as relações entre Estado e cidadania passam a compreender uma dimensão de colaboração – o que por sua vez exigirá novos padrões éticos de relacionamento. Afinal, o próprio processo de sedução à cidadania ativa pressupõe uma relação de confiança entre os participantes, a certeza de que o Estado se revela transparente em relação à sua visão dos problemas e propósitos, e disposto a empreender relações de efetiva troca e consideração do olhar e dos anseios da sociedade.

No enfrentamento da hipótese proposta para a presente pesquisa, essa visão assume especial relevância, na medida em que estabelece que o Estado deve, sempre que estabelecer uma relação, direta ou indireta, com os particulares, direcionar um olhar colaborativo, no sentido de dedicar especial atenção aos interesses legítimos por estes perseguidos. A Administração Pública não pode fechar os olhos para a realidade na qual o

mediante provocação), com total independência, relacionadas à ocorrência de má administração na atuação das instituições e órgãos comunitários”.

particular espera que a atuação dos seus agentes seja coerente e, sobretudo, que seja respeitosa à preservação dos seus interesses legítimos.

O direito à boa administração, neste sentido, escapa a uma concepção simplória que exige que a Administração Pública atue de maneira eficiente, maximizando os recursos à sua disposição para a concretização dos interesses da coletividade, mas se expande para exigir, em um momento anterior, que as suas condutas — ou, mais precisamente, cada agir administrativo — sejam jurídicas, isto é, ajustadas ao que estabelece o conjunto de regras e princípios consagrados no ordenamento jurídico.

Como se sabe, uma das funções de um texto constitucional é enunciar aqueles direitos que, a partir de um prévio processo de conquista – em especial por parte dos grupos vulnerabilizados –, acabaram inseridos em seu texto como um mecanismo de proteção contra eventuais investidas da maioria, na medida em que representam, de algum modo, uma identidade da sociedade que é por ele constituída. Assim, um dos elementos que evidenciam a fundamentalidade de um direito é, justamente, a sua afirmação em norma constitucional.

O direito à boa administração, como já destacado, não encontra sede, ao menos de forma explícita, no texto da Constituição Federal da República de 1988. Por outro lado, a partir daquele conteúdo alinhado na experiência jurídica em que foi originalmente concebido, seria possível afirmar que, entre nós, ele pode ser implicitamente extraído de uma leitura sistemática do texto positivado?

Sarlet (s.d.), em palestra proferida na Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, expôs a sua visão de que o direito à boa administração decorre do valor da dignidade da pessoa humana como orientador de qualquer conduta da Administração Pública em relação aos particulares, razão pela qual é indispensável que ela seja pautada pela probidade e moralidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade, tendo sido previsto pelo texto constitucional “os critérios, diretrizes, princípios que norteiam e permitem a concretização dessa ideia de boa administração” e, por esse motivo, sustenta “que a nossa Constituição, na verdade, já antes da Carta da União Europeia, pelo menos no âmbito formal, talvez tenha ido até mesmo além da própria União Europeia”.

Dessa maneira, seguindo o raciocínio apresentado pelo autor, o direito à boa administração assume, na experiência jurídica brasileira contemporânea, a natureza de um autêntico direito fundamental, por força do art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal da República de 1988.

No mesmo sentido é a conclusão que chega Valle (2011, p. 161) para dizer que o direito à boa administração tem essa natureza em nossa ordem jurídica, haja vista que, nos dias atuais, não se pode perder de vista que toda atividade administrativa está voltada à concretização de direitos fundamentais e, em um Estado Democrático de Direito, isso se revela a partir da possibilidade de participação e controle dos atos de gestão pública.

Com efeito, a partir do momento em que a Administração Pública recebe o encargo social da concretização de direitos fundamentais como o elemento que confere à sua existência a legitimidade necessária para justificar a supressão de liberdades impostas aos particulares, inclusive, em muitos casos, com a intervenção em sua propriedade privada, não basta que os seus agentes atuem, sendo imprescindível que esse agir esteja pautado por um padrão que permita ao avaliador conferir-lhe um adjetivo positivo.

A Administração Pública deve agir em prol da materialização dos direitos fundamentais – em especial quando atua para entregar direitos prestacionais – e, naqueles casos em que estabelece com o particular uma relação direta, atuar de tal maneira que considere os interesses daquele que com ela colabora. O Estado, como se impõe a qualquer pessoa que atua em colaboração com terceiros, deve dirigir um olhar de cuidado, a fim de que não desestime essa condição.

Em outras palavras, e de maneira sucinta, quando o Estado atua pautado pelos valores da boa administração, estimula que os agentes privados, muitas vezes indispensáveis para a realização de atividades de interesse público, continuem a pretender com ele estabelecer relações jurídicas, em especial aquelas de natureza negocial.

Se a boa administração representa a atuação do poder público com especial consideração pelos legítimos interesses dos particulares atingidos por seus atos, bem como a observância do conjunto de regras e princípios que conformam o conteúdo da juridicidade, é evidente que as atividades administrativas em sentido estrito devem ser desempenhadas em conformidade com essa diretriz. Afinal, se a confiabilidade nas ações do Estado constitui elemento essencial da segurança jurídica, se a liberdade em sentido amplo representa um direito fundamental e se a promoção da dignidade da pessoa humana consubstancia um valor do qual o poder público não pode dispor, a atuação administrativa interna deve ser orientada à preservação desses vetores, ainda que não se projete imediatamente sobre a entrega final da prestação pública.

O certo é que, considerado ou não como um direito fundamental, o que parece ser inegável é que uma análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo

permite afirmar, sem qualquer dúvida, que há uma nítida preocupação institucional em assegurar que o desempenho das funções estatais, de maneira geral, esteja pautado pelos parâmetros originalmente consagrados na prática europeia.

3.2.3 A expectativa legítima do particular como critério de adequação do agir administrativo

Ainda é possível dizer que as normas constitucionais desafiam a Administração Pública a agir administrativamente com base no princípio da proteção da confiança legítima.

Retomando aquilo que já foi exposto ao longo do item 3.1.1, não é demasiado recordar que a proteção à confiança legítima dos particulares também se apresenta como um importante vetor jurídico na definição do agir administrativo constitucionalmente adequado no Brasil contemporâneo.

Trata-se de construção que em tudo se assemelha ao instituto da boa-fé do Direito Privado, na medida em que a proteção à confiança legítima dos particulares em relação ao comportamento da Administração Pública constitui inexorável decorrência do art. 5º, caput, da Constituição Federal da República de 1988, que consagra, dentre outros direitos fundamentais, a necessidade de proteção da segurança jurídica. É intuitivo que a segurança jurídica pressuponha que a dinâmica das relações intersubjetivas seja informada, dentre outros vetores, pela coerência das ações, em especial pela necessidade de que a confiança legítima fomentada, em um dos atores da relação, pela postura do outro seja preservada, de tal maneira que se viabilize a construção de um planejamento tendente a permitir que todos consigam obter vantagens adequadas.

Tanto em um Estado que adota um perfil social quanto naquele que envereda por um comportamento regulador, é evidente que diversas serão as situações que conduzirão o particular e a Administração Pública a encetarem relações. Notadamente no Estado regulador, é comum que o poder público se valha da atuação de agentes econômicos privados para atender a um interesse público, de tal maneira que, ao invés de atuar diretamente na prestação de determinada atividade, apenas regula a forma como os particulares deverão atuar nesse mister.

É essencial, para que o Estado regulador possa desempenhar o papel que a coletividade dele espera, a colaboração dos agentes econômicos privados e, nesse sentido, para que eles sejam estimulados a continuar atuando nesse regime, é natural que precisem

nutrir uma sensação de segurança jurídica quanto ao que acontecerá na dinâmica daquela relação. Os agentes privados precisam estar seguros de que a colaboração com o desempenho do papel do Estado não lhes acarretará algum tipo de prejuízo, inclusive a partir da apreensão do tempo produtivo.

É difícil imaginar a situação em que o particular se credencia e mobiliza os seus recursos produtivos, escassos em sua essência, para desempenhar uma tarefa que viabilizará à Administração Pública o cumprimento de uma obrigação constitucionalmente imposta em favor da coletividade, em detrimento de outra atividade que lhe seria igualmente cara, sem que consiga, desde o início, a partir de um juízo razoável de probabilidade, prospectar que o seu desfecho poderá gerar em seu favor algum benefício.

Quem investe os seus recursos no desempenho de uma atividade, naturalmente, busca obter, com essa mobilização, ainda que momentânea, uma vantagem legítima. Essa prospecção, contudo, somente será possível quando se sabe aquilo que pode ser esperado da postura dos agentes públicos. Sem a segurança de que a Administração Pública não atua lastreada em posturas de guinada, torna-se pouco atrativo que a pessoa invista os seus recursos produtivos para, de alguma maneira, auxiliar o Estado na realização das suas atividades finalísticas.

Basta pensar, para ratificar essa afirmação, no já mencionado caso da pessoa que decide concorrer a uma das vagas em disputa em um concurso público: não fosse esperado que, uma vez iniciado o certame com a publicação do edital, seriam empossados aqueles candidatos que conseguissem lograr classificação suficiente dentro do número de vagas oferecidas, não haveria quem se interessasse por privar-se do próprio tempo na extenuante preparação para as provas.

A partir do momento em que este tópico passa a enfrentar a questão do desvio produtivo como uma necessidade decorrente da proteção à confiança legítima dos particulares que se relacionam com a Administração Pública, considerando que, até aqui, o enfoque foi muito direcionado à conexão do fenômeno com a dignidade da pessoa humana, é possível fazer uma digressão que dialoga diretamente com as atividades administrativas em sentido estrito: em uma ordem econômica baseada na livre iniciativa, que estabelece o exercício de atividades econômicas diretamente pelo Estado como situação absolutamente excepcional, é indispensável a colaboração dos agentes econômicos privados a partir da celebração de contratos administrativos com os mais variados objetos. Dessa maneira,

muito mais do que uma opção, representa verdadeira necessidade que existam interessados em negociar com o poder público.

Também é possível interpretar que o art. 170 da Constituição Federal da República de 1988 estabelece, como marco referencial para o agir administrativo nas relações com os agentes privados, a proteção da confiança do particular de que, se desempenhar adequadamente o papel a que se propõe, terá condições de realizar lucro legítimo.

É indubitável que um dos escopos de qualquer ordenamento jurídico é viabilizar a estabilidade das relações a partir da construção de uma ambiência de segurança, de modo que os agentes sociais, em suas diversas interações, em especial nas relações econômicas em que cada qual atua da forma que melhor atenderá aos seus projetos pessoais, tenham a garantia de que todos os parceiros estejam direcionados à realização dos mesmos objetivos. Se é uma evidência, em seus próprios termos, que o agente econômico privado, por seu viés empresarial, age imbuído, principalmente, de uma perspectiva de obtenção de lucro legítimo, cabe ao Estado, quando estabelecer com ele uma relação voltada à satisfação de um interesse público, agir de forma a permitir que isso possa ocorrer.

Esse comportamento da Administração Pública pode ser muito bem retratado pela inesquecível crônica de Nogueira (s.d.), intitulada *Sonho de Voar*: nela, o autor descreve, com sua inconfundível sensibilidade, a contradição ao afirmar que o piloto de um aeroplano incorporaria um ser heroico, mas que, na verdade, não passaria de um ser utópico, uma vez que os pássaros voam e, dentre eles, o urubu, com o seu planar em luto fechado. O que se espera do Estado, nas relações que estabelece com o indivíduo, é que o seu comportamento seja, da mesma forma que o voo dos urubus, uma postura que permita uma prospecção quanto ao lugar a que se chegará, planando sem muitos sobressaltos.

O que o plano constitucional espera da Administração Pública, quando estabelece que a segurança jurídica é um dos direitos individuais, é que a sua postura perante os particulares seja coerente e retilínea, de tal forma que aqueles que com ela estabelecem relações possam, minimamente, compreender qual será o ponto de chegada.

Dessa maneira, um outro traço fundamental do agir administrativo nos moldes pretendidos pela ordem jurídica brasileira inaugurada em 1988 é que a Administração Pública atue em relação aos particulares com respeito à confiança legítima que este deposita no comportamento das entidades que compõem o poder público.

3.3 A AMPLIAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO ÀS RELAÇÕES QUE ENVOLVEM O PARTICULAR E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.3.1 O reconhecimento – constitucional – do desequilíbrio na relação particular-administração pública

Entender a necessidade de que a teoria do desvio produtivo, inicialmente elaborada para atender às especificidades da relação jurídica que vincula um fornecedor de produtos ou prestador de serviços a um consumidor, exige o reconhecimento de que essa situação também se manifesta quando os polos da relação são ocupados pelos particulares e pela Administração Pública, em torno de uma atividade administrativa.

Parece algo intuitivo afirmar que, nas relações estabelecidas entre a Administração Pública e o particular, existe uma nítida disparidade de forças, de modo que aquela detenha certa preponderância em relação a este. Não se ignora, naturalmente, que, em um Estado de Direito, o poder público não apenas cria democraticamente as regras às quais estarão submetidas as pessoas situadas – ainda que de forma transitória – no território em que exerce a sua soberania, mas, igualmente, se submete às limitações que lhe são impostas, ainda que para atuar no sentido de fazer prevalecer o interesse público.

Na medida em que é o Estado quem edita, mesmo por intermédio dos representantes do povo, as regras que deverão ser observadas pelos agentes privados, torna-se evidente a sua posição de destaque em relação aos destinatários de suas determinações. Contudo, isso não dispensa a demonstração dessa condição a partir de algumas situações previstas no ordenamento jurídico.

Não obstante isso, dois institutos jurídicos do Direito Administrativo deixam cristalina essa relação desigual entre a Administração Pública e os particulares senão vejamos.

O primeiro deles é o poder de polícia, definido por Caetano (1977, p. 339) como um sistema de restrições impostas pelo Estado aos particulares com a finalidade de garantir a convivência social, a partir da mitigação dos riscos que são diagnosticados pelo poder público¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Não é demais lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro, no art. 78 do Código Tributário Nacional, possui uma definição de poder de polícia que é largamente empregada para explicar o fenômeno: “Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivo. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.”

É o poder de polícia, por exemplo, que autoriza o poder público a estabelecer limitações administrativas ao direito de propriedade que, segundo o art. 5º, XXIII, da Constituição Federal da República de 1988, configura direito fundamental quando adequadamente funcionalizado pelo seu titular, mas que, diante de uma situação que desperte o interesse público, pode sofrer restrições pela Administração Pública, inclusive sem ensejar o pagamento de qualquer verba de natureza indenizatória¹⁰¹.

O segundo instituto é a requisição administrativa, concebida como uma intervenção do Estado na propriedade privada pela qual a Administração Pública, para fazer frente a uma situação de risco iminente ao interesse público, pode requisitar, independentemente de qualquer procedimento administrativo prévio e com eventual pagamento de indenização posterior, o bem móvel, o bem imóvel ou a atividade desempenhada pelo particular, até que a circunstância que a justificou cesse.

Esses dois institutos deixam muito evidente a situação de desequilíbrio que se estabelece nas relações que envolvem a Administração Pública e os particulares, ainda que em um Estado Democrático de Direito fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, como é o caso brasileiro desde que a atual ordem jurídica veio a lume. Se é dado ao ente administrativo, sem sequer ter a obrigação de indenizar, interferir na propriedade do particular de tal maneira que este permaneça à margem de qualquer possibilidade efetiva de resistência, é inegável a vulnerabilidade do particular em relação ao Estado.

Mesmo quando não se cogita essa situação extrema — em que se admite a intervenção do Estado na propriedade privada para fazer frente a um interesse público —, o desequilíbrio em prejuízo ao particular nas suas relações com a Administração Pública é evidente, seja no âmbito dos serviços públicos, seja quando se está diante de uma atividade administrativa em sentido estrito, conceito que já foi apresentado em momento oportuno.

Uma interpretação do art. 175, parágrafo único, II, da Constituição Federal da República de 1988, permite afirmar que o legislador constituinte, partindo do reconhecimento desse status do indivíduo perante o poder público, reconheceu explicitamente a necessidade de criação de um microssistema normativo específico destinado a estabelecer os direitos dos usuários dos serviços públicos em face do ente administrativo prestador.

¹⁰¹ É interessante mencionar, neste ponto, que a inexistência do dever estatal de indenizar pela imposição de limitações administrativas ao direito de propriedade constitui apenas a situação-regra, admitindo-se, excepcionalmente, a responsabilidade civil do Estado quando restar demonstrado que a restrição adquire tamanha intensidade que acaba despiando o direito de qualquer utilidade ao seu titular, que, na prática, se vê privado dele como se estivesse diante de uma desapropriação.

De fato, quando o que se submete à análise são as atividades administrativas em sentido lato, não há qualquer espaço para dúvidas quanto à condição de vulnerabilidade, o que se justifica por diversos fatores. As atividades administrativas são desempenhadas pelos órgãos do Estado em um regime que não se submete à livre concorrência, de modo que o particular não pode, como ocorre no mercado consumidor em geral, escolher livremente com quem irá se relacionar, mas, obrigatoriamente, deve recorrer ao ente público ou, no caso dos serviços públicos delegados e concedidos, ao agente privado regularmente investido da condição jurídica própria para tanto. Outro elemento que decorre dessa conformação estatal é a impossibilidade de o particular questionar os valores cobrados pelas atividades desempenhadas em seu favor, embora a modicidade¹⁰² das tarifas constitua vetor axiológico relevante na fixação de tais preços.

Um elemento indicativo do nosso ordenamento jurídico que demonstra que o particular é reconhecido como vulnerável em relação ao poder público, notadamente quando se trata do fornecimento de prestações de qualquer natureza, é a regra que se extrai do enunciado normativo do art. 37, § 6º, da Constituição Federal da República de 1988. Quando o legislador constituinte, mantendo a tradição que já se fazia presente desde a Constituição Federal de 1946, estabelece a natureza objetiva da responsabilidade civil extracontratual do Estado, deixa evidente a sua preocupação em proteger o particular contra a atuação danosa do poder público, o que se justifica, tão somente, pelo reconhecimento dessa condição de fragilidade.

A opção do legislador constituinte, para permitir uma maior proteção dos particulares diante dos danos que podem ser causados pelo desempenho da atividade administrativa, foi, a partir da teoria do risco administrativo, afastar qualquer discussão em relação ao elemento subjetivo da conduta, de tal maneira que o dever reparatório do Estado surgirá a partir da demonstração, pelo particular lesado, do fato administrativo, do nexo de causalidade e do dano, qualquer que seja a sua natureza.

Há determinadas atividades desenvolvidas pelo Estado que resguardam de forma ainda mais robusta o particular em relação a fatos administrativos lesivos. No que tange à

¹⁰² A modicidade compõe o conjunto de princípios setoriais dos serviços públicos e estabelece a necessidade de que os valores exigidos dos particulares por sua prestação sejam fixados no menor patamar possível. Tal princípio, pode-se dizer, decorre de outro, a saber, o da universalidade, que impõe ao poder público o dever de assegurar que os serviços sejam disponibilizados ao maior número possível de pessoas que tenham interesse em usufruir de sua utilidade. A seu respeito fala Dal Pozzo (2012, p. 98): “Realmente, por se tratar de uma atividade essencial à coletividade, seria desnecessário afirmar que a sua acessibilidade deve ser garantida mediante o pagamento de valores baixos ou, mesmo, subsidiados, uma vez que no Brasil grande parte da população vive em estado de miséria ou muito próxima dele”.

exploração de serviços e instalações nucleares, atividade monopolizada pela União Federal, os danos que sejam produzidos aos particulares, na forma do art. 21, XXIII, “d”, da Constituição Federal da República de 1988, fazem incidir um regime constitucional agravado de responsabilização, ordinariamente associado à teoria do risco integral, que, em relação à regra geral, endurece a responsabilização do poder público ao restringir de modo sensível o espaço argumentativo destinado à invocação de causas excludentes do dever de indenizar.

A adoção desse modelo de responsabilização do Estado é, inclusive, celebrada por Tepedino (2004, p. 206), que a reconhece como uma verdadeira conquista política dos particulares frente ao poder público, consagrada, em nossa experiência jurídica, pela primeira vez na Constituição Federal de 1946.

É interessante, neste ponto, perceber que a Lei n. 13.460/2017, ao cumprir a determinação descrita pelo art. 175, parágrafo único, II da Constituição Federal da República de 1988 e fixar os direitos básicos do cidadão destinatário dos serviços públicos, é peremptória ao estabelecer que os direitos nela previstos não afastam, salvo naqueles casos em que isso se revelar juridicamente impossível, a incidência da Lei n. 8.078/1990. Se considerarmos que o Código de Defesa do Consumidor constitui um microssistema normativo destinado a fixar um regime mais benéfico de proteção aos consumidores, torna-se evidente que essa aproximação somente se justifica pelo reconhecimento, por parte do legislador, de que a relação estabelecida entre o particular e o poder público, no âmbito da prestação dos serviços públicos, também apresenta traços estruturais de assimetria e vulnerabilidade.

É possível dizer, neste cenário, que a relação estabelecida entre o Estado e o particular, sobretudo naquilo que envolve as atividades administrativas em sentido amplo, é marcada, em sua própria estrutura, por traços iniludíveis de desequilíbrio, tal como ocorre nas relações típicas de consumo, arena para a qual foi idealizada a teoria do desvio produtivo. Tal constatação desperta, de forma quase natural, a indagação acerca da pertinência de sua aplicação por analogia àqueles casos em que os particulares sofrem algum prejuízo motivado pelo poder público no que tange o desvio dos seus recursos produtivos.

3.3.2 A expansão da Teoria do Desvio Produtivo para os serviços públicos como categoria específica das atividades administrativas em sentido amplo

Após estabelecer, a partir de uma interpretação sistemática da ordem jurídica vigente — mas, sobretudo, de uma leitura reflexiva da norma extraída do art. 37, parágrafo 6º, e do art. 175, parágrafo único, II, ambos da Constituição Federal da República de 1988, bem como do que dispõe a Lei n. 13.460/2017 — que o sistema jurídico brasileiro reconhece o manifesto desequilíbrio de forças na relação que envolve os particulares e o poder público em suas múltiplas atividades, é possível avaliar o atual estado da arte quanto à possibilidade de aplicação da teoria do desvio produtivo a essa realidade específica.

Isso decorre do fato de que um dos pressupostos para que se possa falar na imposição do dever de reparar pelo desvio produtivo é, precisamente, a existência dessa condição de desigualdade na relação de direito material que vincula o agente do dano e a vítima. Nunca é demais recordar que a elaboração teórica foi desenvolvida no âmbito das relações de consumo, nas quais se evidencia a falta de paridade entre o consumidor e o prestador de serviços ou fornecedor de produtos — circunstância que permite a este, de modo contrário ao Direito, delegar àquele a solução de um problema no serviço contratado, o que acaba por subtrair-lhe o tempo produtivo para outras atividades que, de algum modo, poderiam resultar em melhor aproveitamento existencial.

A desigualdade entre o particular e o poder público nas atividades administrativas em sentido estrito é ainda mais profunda do que aquela que se percebe nas relações de consumo. É indiscutível que o consumidor permanece em situação de vulnerabilidade em relação ao prestador de serviços ou ao fornecedor de produtos quando o objeto do negócio jurídico entre eles estabelecido apresenta vício ou defeito que lhe impõe a adoção de providências para a solução do problema. Contudo, quando se pensa na relação entre o particular e a Administração Pública, essa assimetria assume contornos ainda mais acentuados, na medida em que o poder público não atua apenas como contraparte de uma relação jurídica, mas também a partir de uma posição institucional de autoridade, da qual podem decorrer imposições unilaterais, restrições jurídicas e, inclusive, a aplicação de sanções.

Esse distanciamento entre o particular e a Administração Pública revela-se de modo ainda mais evidente nos contratos administrativos, uma vez que a incidência das cláusulas exorbitantes permite que o poder público contratante imponha ao contratado uma

sanção¹⁰³ pela entrega inadequada do objeto, a partir de uma constatação realizada unilateralmente pelo agente designado para a fiscalização do contrato¹⁰⁴.

Esse cenário se aprofunda em uma realidade como a brasileira que é entremeada por fortes traços de déficit democrático. A dificuldade experimentada por muitos agentes públicos em compreender que, ao fim e ao cabo, todo o esforço das atividades que lhes competem tem como destinatário o particular e a promoção de seus interesses, faz com que, não raras vezes, o que se apresenta seja uma via de mão invertida — isto é, a falsa impressão de que é a pessoa quem deve emprestar sua existência ao Estado. Trata-se, como já se demonstrou neste trabalho, de um gravíssimo erro de premissa em um Estado Democrático de Direito.

A apreensão dessa realidade não escapou ao olhar daqueles que perceberam a relevância, em nosso atual estágio civilizatório, da teoria do desvio produtivo como nova fronteira da responsabilização civil do Estado. Por outro lado, essa atenção, ao que parece, dirigiu-se apenas a uma parte do problema, deixando, salvo melhor juízo, a maior parte das atividades da Administração Pública potencialmente prejudiciais aos interesses dos agentes privados à margem de tratamento jurídico adequado.

Dessaune (2022, p. 344) esboça as linhas gerais de aplicação da teoria do desvio produtivo às relações estabelecidas entre o particular e a Administração Pública, defendendo, em sua perspectiva ampliada, a possibilidade de sua incidência. Contudo, o faz de forma restrita, limitando-a aos serviços públicos que, como já delimitado, correspondem apenas a uma das atividades prestacionais do Estado voltadas aos agentes privados.

É possível especular acerca do motivo pelo qual o autor ampliou o espectro de incidência da sua tese para os serviços públicos: a partir de sua expertise no campo do Direito do Consumidor, é natural que tenha recorrido à figura que, dentre as atividades do Estado, mais se aproxima de uma relação de consumo, na medida em que, assim como um

¹⁰³ Oliveira (2023, p. 402) destaca que “A Administração possui a prerrogativa de aplicar sanções ao contratado no caso de inexecução total ou parcial do ajuste, respeitado o direito ao contraditório e à ampla defesa”. Perceba-se que a Administração Pública pode impor sanções ao parceiro negocial, todavia, deve observar que ele se sujeita, sob o olhar da proporcionalidade, ao eventual controle pelo Poder Judiciário.

¹⁰⁴ Segundo Souto (2004, p. 376) o fiscal é o “representante da Administração a quem caberá o registro das ocorrências e a determinação de providências para sanar irregularidades por ele constatadas. Normalmente o fiscal é o gestor do contrato, encarregado, inicialmente, de fazer a solicitação do objeto (que resultará na requisição do objeto, primeiro momento da fase interna da licitação) e, posteriormente, incumbido de receber provisoriamente o objeto”. Trata-se de um agente público designado especialmente para o desempenho dessa função no macroprocesso de contratação, devendo ser cientificado das suas atribuições e dos termos da contratação.

prestador de serviços privado entrega ao consumidor uma utilidade voltada à otimização da sua vida, a Administração Pública presta ao particular uma atividade destinada à satisfação de um direito fundamental que lhe é reconhecido.

O raciocínio por ele desenvolvido para alcançar esse resultado é, sem dúvida, de inquestionável precisão teórica — inclusive sob a ótica do Direito Público. Sua construção repousa sobre duas premissas. A primeira, em consonância com o que já se afirmou neste trabalho, é a de que a relação estabelecida entre o particular e o poder público é informada pela autoridade, de modo que este disponha de certas prerrogativas para atuar em prol do interesse coletivo, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de sacrifício de direitos¹⁰⁵. A segunda premissa é a de que os serviços públicos estão submetidos, de acordo com o art. 6º da Lei n. 8.987/1995 e com a Lei n. 13.460/2017, ao dever de eficiência em sua prestação — dever esse que impõe à Administração a entrega do serviço dentro de expectativas razoáveis de tempestividade, garantindo ao particular, enquanto destinatário, o pleno exercício de seus direitos correlatos.

No caminho por ele percorrido, Dessaune (2022, p. 339) opta por delimitar um objeto distinto para a sua investigação, qual seja, os serviços públicos em sentido amplo, de modo a abranger tanto os *uti singuli* ou impróprios quanto os *uti universi* ou próprios.

Segundo ele, quando a prestação do Estado se consubstancia em um serviço *uti singuli* ou impróprio, justamente por ser possível identificar a pessoa que, de maneira efetiva, recebe a prestação, a relação estabelecida entre o poder público e o particular assume contornos semelhantes àquela existente entre consumidor-usuário e prestador de serviços. Como exemplos de serviços dessa natureza, podem ser mencionados o transporte público coletivo e o fornecimento de água.

Trata-se de uma situação em que a individualização do vínculo que liga o particular à Administração Pública, em torno de determinada prestação, resta muito bem delineada. É possível identificar quem usufrui do serviço disponibilizado pelo Estado e, em alguns casos, inclusive mensurar a quantidade efetivamente utilizada.

¹⁰⁵ O sacrifício de direitos, diferentemente do que ocorre na responsabilidade civil do Estado, reflete o surgimento do dever reparatório da Administração Pública em face do particular, em decorrência do desempenho de uma conduta que, embora conforme ao ordenamento jurídico, tem por escopo a satisfação do interesse público mediante a redução de um direito individual. García de Enterría (2004, p. 358) aborda esse instituto ao tratar da possibilidade de o Estado intervir na propriedade privada por meio da desapropriação, a qual, conquanto não configure qualquer comportamento ilícito, faz emergir para a Administração Pública o dever de justiça de indenizar aquele que teve atingido o seu direito de propriedade.

A semelhança entre os serviços públicos *uti singuli* e a prestação de serviços ao consumidor é tão destacada que não é novidade a discussão quanto à incidência do Código de Defesa do Consumidor àquelas relações, e, antes mesmo do advento da Lei n. 13.460/2017, que faz menção expressa à aplicação da Lei n. 8.078/1990 em seu art. 1º, § 2º, II, já se defendia a sua incidência¹⁰⁶, ainda que com ressalvas, aos serviços públicos impróprios. Assim, nesse caso, a teoria do desvio produtivo seria aplicável como em qualquer relação de consumo.

Seguindo a sua compreensão do tema, no caso dos serviços públicos impróprios, não haveria sequer necessidade de ampliação da tese do desvio produtivo, uma vez que, nessa hipótese, seria aplicável o microsistema de proteção ao consumidor, ainda que a Administração Pública figurasse como uma das partícipes da relação jurídica estabelecida com o particular. Por essa razão, a teoria do desvio produtivo poderia incidir em sua conformação originária, sem a necessidade de qualquer esforço adicional de adaptação ao Direito Público.

Já em relação aos serviços públicos *uti universi* ou próprios a teoria do desvio produtivo também seria aplicável, todavia, em seu viés ampliado, uma vez que, segundo Dessaune (2022, p. 342-343):

Chega-se à conclusão de que nas situações em que o serviço público não funcione, quando deveria funcionar, funcione mal ou funcione atrasado, a Administração Pública cria e impõe restrições, dificuldades, obstáculos e/ou outros problemas relevantes na vida do cidadão-usuário vulnerável, que é levado a enfrenta-los. Nessas circunstâncias, o cidadão-usuário precisa gastar o seu tempo vital e se desviar das suas atividades existenciais, o que redundará na alteração prejudicial e indesejada do seu cotidiano e/ou do seu projeto de vida, bem como na correspondente perda definitiva de uma parcela do seu tempo total de vida em situações desgastantes perfeitamente previsíveis e evitáveis. Configura-se, nessa hipótese, o dano extrapatrimonial de natureza existencial *in re ipsa*, que deve ser ressarcido pelo Estado.

Neste cenário, embora se debruce sobre a pertinência da teoria do desvio produtivo a um objeto distinto daquele investigado na presente tese, o que se observa é que o autor que a introduziu no Direito brasileiro reconhece a possibilidade de sua aplicação ao Direito Público e às relações estabelecidas entre os particulares e a Administração Pública, em qualquer modalidade de serviço público.

¹⁰⁶ Ao comentar o texto do art. 1º, parágrafo 2º, II, da Lei n. 13.460/2017, Bittencourt (2012, p. 37) destaca o acerto do legislador ao explicitar a aplicabilidade da Lei n. 8.072/1990 e ressalta que, antes mesmo disso, essa situação “sempre se mostrou factível nos casos em que seja verificada uma perfeita identificação da existência da relação de consumo, consoante o configurado nos arts. 2º e 3º do Código do Consumidor”. Aragão (2021, p. 395-397) também reconhece a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor às relações de serviço público impróprios, desde que observadas certas limitações, dentre as quais a impossibilidade de que a modicidade das tarifas seja submetida ao escrutínio judicial pelo usuário sob o argumento da abusividade dos valores cobrados.

Guglinski (2019, p. 265-272) também possui um trabalho específico no qual examina a viabilidade de aplicação da teoria do desvio produtivo às relações entre o poder público e os particulares e, nesse ponto, seu artigo oferece elementos relevantes para analisar a possibilidade de incidência da teoria às atividades administrativas em sentido restrito.

Para compreender a aplicabilidade da teoria do desvio produtivo às relações estabelecidas entre os particulares e a Administração Pública, o autor trilha um caminho diverso daquele tradicionalmente adotado pela doutrina, afastando-se, inclusive, do debate que ganhou relevo antes do advento da Lei n. 13.460/2017 acerca da incidência do regime protetivo conferido pela Lei n. 8.078/1990. Em sua abordagem, concentra-se na interpretação conjugada do princípio da eficiência e da regra da responsabilidade civil objetiva do Estado, previstos, respectivamente, no art. 37, caput, e no parágrafo 6º da Constituição Federal da República de 1988.

Tomando o princípio da eficiência como ponto de partida, Guglinski (2019, p. 266), com lastro em relevantes autores da doutrina administrativista brasileira, sustenta tratar-se de um instituto jurídico que impõe ao Estado o dever de atuar de maneira apta a corresponder, de forma adequada, às necessidades coletivas e individuais. Ressalta, nesse sentido, que “o Estado – e o direito que o regula – existe em razão das demandas geradas pela convivência do homem em sociedade e não o contrário”.

Agir de forma eficiente em relação aos particulares constitui finalidade essencial do Estado, que deve pautar toda a sua atuação por esse valor: os recursos públicos devem ser empregados de tal maneira que, mesmo diante de sua escassez, possam atender, de forma ótima, às necessidades da coletividade. Aliás, essa conclusão se reforça por meio de uma leitura sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se, em especial, a obrigatoriedade de fornecimento de informações aos interessados, na forma da Lei n. 12.527/2011, dentro de prazo razoável ou, caso não seja possível, com a devida explicação quanto aos motivos da impossibilidade momentânea de atendimento. Soma-se, ainda, as *Orientações para o Atendimento ao Cidadão nas Ouvidorias Públicas*, editadas pela Controladoria-Geral da União, que expressamente afirmam que o bom atendimento pressupõe qualidade e tempestividade.

Além da obrigação de eficiência estabelecida pelo poder constituinte, Guglinski (2019, p. 269) apresenta uma reflexão interessante que, embora intuitiva, merece ser expressamente destacada:

Se o administrado deixa de cumprir eventual prazo para a obtenção da utilidade que pretende, a consequência será a sua não concessão pela Administração Pública. Isto é, o próprio administrado arcará com as consequências de sua desídia em relação a algo que é de seu próprio interesse. Mas, se ocorre o contrário, isto é, se a Administração Pública não cumpre os prazos que lhe são assinalados para atender o administrado, na maior parte das vezes este simplesmente fica a mercê da máquina estatal, muitas vezes sob alegações do tipo: “o sistema está fora do ar” ou “o servidor responsável está de licença” etc.

É bem verdade que, na relação que se estabelece entre o Estado e o particular, existe um perceptível desnivelamento, o que se justifica, a princípio, pelo fato de que a atuação da Administração Pública está sempre voltada para a satisfação de algum interesse da coletividade, mas, sobretudo, em razão de o poder de polícia permitir ao poder público impor medidas restritivas contra as quais o particular não tem meios hábeis para impedir. Todavia, não há nada que justifique um tratamento privilegiado que venha a isentar o Estado da obrigação de portar-se com a responsabilidade e com o respeito que os destinatários dos seus serviços demandam.

O outro argumento trazido por Guglinski (2019, p. 265) é o reconhecimento de que o art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal da República de 1988 estabelece a responsabilidade civil objetiva do Estado e, neste ponto, essa norma constitucional busca viabilizar que o particular que sofre um prejuízo decorrente de uma conduta administrativa¹⁰⁷ tenha facilitada a reparação do dano experimentado.

Com estes argumentos o autor justifica que não há nada que impeça a aplicação da teoria do desvio produtivo às relações que envolvem a Administração Pública em sentido amplo e os particulares.

Percebe-se, dessa maneira, que a doutrina tem reconhecido, paulatinamente, que não há obstáculo para que a construção da teoria do desvio produtivo seja aplicada às relações típicas de Direito Público, notadamente naqueles casos em que se está diante da prestação de um serviço público. O problema — ou melhor, a indagação que permanece — é quanto à possibilidade de sua incidência, igualmente, sobre as atividades administrativas em sentido estrito, tal como delimitadas neste trabalho.

Na constelação de fontes do Direito, entre as diretas e as indiretas, o papel que incumbe aos acadêmicos é o de estabelecer as linhas gerais, com bases científicas, que deverão ser observadas por aqueles que pretendem, de alguma maneira, aplicar a norma, apresentando definições, critérios hermenêuticos adequados a cada hipótese a ser

¹⁰⁷ A conduta administrativa aqui considerada é qualquer ação ou omissão imputável a Administração Pública, direta ou indireta, que fará incidir, na hipótese, a regra do art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal da República de 1988.

enfrentada, os requisitos para a incidência e as exceções que justificam o afastamento de sua aplicação a um caso, entre outros aspectos. É bem verdade que há diversas leis que, fazendo as vezes da doutrina, enveredam pela apresentação de definições, tal como ocorre com a Lei n. 14.133/2021, que conta, em seu art. 6º, com cerca de 60 conceitos; não obstante, não se cuida da situação ideal, pois a manipulação do instituto pode recomendar uma melhor colmatação do seu conteúdo, o que desafiará, para a correta aplicação da norma, o início de um processo legislativo que, como se sabe, em boa parte dos casos, assume inegável complexidade política.

Isso não exclui, todavia, a relevância de submeter à análise, acerca de determinado tema jurídico, a leitura que vem sendo conferida a ele pela jurisprudência. Se a arena jurisdicional não é o sítio mais adequado ao debate científico dos institutos do Direito, não se pode negar o relevante valor do trabalho de sua utilização para a solução das situações de crise jurídica que se instalam na sociedade.

Assim, vale trazer a seguinte indagação: a jurisprudência já se posicionou a respeito da possibilidade de incidência da teoria do desvio produtivo no que diz respeito às relações que envolvem o particular e a Administração Pública?

Neste momento, é importante trazer uma advertência metodológica: a pesquisa se debruçou exclusivamente sobre decisões do âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, por entender que, num país de dimensões continentais e de estrutura judiciária tão complexa — com 6 Tribunais Regionais Federais e 27 Tribunais de Justiça de 2ª instância — é necessário buscar uma visão, mesmo que minimamente uniforme. Ademais, no atual sistema de precedentes judiciais, cabe aos Tribunais Superiores editarem aqueles que são vinculantes, cada qual no âmbito de sua peculiar competência constitucional.

Uma vez feita essa advertência, verifica-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça registra um interessante precedente relacionado à possibilidade de aplicação da teoria do desvio produtivo às relações de Direito Público: o Recurso Especial n.º 1.383.776/AM, julgado em 2018 pela Segunda Turma, sob a relatoria do Ministro Og Fernandes.

O caso julgado pela Corte Superior envolvia o pedido de indenização formulado por um jurisdicionado que, embora tenha ajuizado sua ação de execução de alimentos em conformidade com as exigências da lei processual, acabou prejudicado pela atuação morosa da serventia judiciária responsável pelo feito, especialmente no que concerne à realização

da citação do executado. A demora foi de tal ordem que, conforme registrado no acórdão, entre a distribuição e o primeiro despacho positivo transcorreram-se dois anos e meio.

Neste cenário, a parte autora ajuizou ação de indenização em face do Estado, postulando sua condenação ao pagamento de verba indenizatória, com fundamento no art. 37, parágrafo 6º, e no art. 5º, inciso LXXVIII, ambos da Constituição Federal da República de 1988. Este último dispositivo, inclusive, consagra que o acesso à justiça, em um regime democrático, pressupõe não apenas o livre direito de peticionar ao juiz natural, mas também o direito de receber uma resposta — seja ela de acolhimento ou de rejeição do pedido — em tempo adequado à proteção do direito que se pretende ver concretizado.

Observa-se, mais uma vez, que o objeto de avaliação quanto à possibilidade de incidência da teoria do desvio produtivo em uma relação que envolve o particular e o Estado é distinto daquele que foi selecionado para o presente trabalho, na medida em que se debruça sobre um serviço público — muito embora altamente especializado. A causa de pedir não está relacionada a uma atividade administrativa em sentido próprio, mas direcionada a um ato jurisdicional, qual seja, a análise preliminar da petição inicial para que, considerada em termos, seja determinada a realização da citação. Ainda assim, o seu estudo é muito valioso para a afirmação de que a teoria se expande para o Direito Público.

Em sua decisão, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o Estado pode ser responsabilizado pela excessiva demora que o órgão jurisdicional levou para apreciar a petição inicial e determinar a citação do réu que, registre-se, era devedor de quantia de natureza alimentar em favor da parte autora, circunstância que acentua a dramaticidade da situação analisada. Importa consignar que o julgado, em nenhum momento, emprega a teoria do desvio produtivo de forma expressa para justificar o dever de indenizar; limita-se a fundamentar a condenação no desatendimento ao direito fundamental à razoável duração do processo, em virtude da excessiva demora verificada na prestação jurisdicional amazonense.

A fundamentação do voto parte de uma leitura evolutiva acerca da possibilidade de se impor ao Estado a obrigação de reparar os danos causados aos particulares por condutas de seus agentes quando atuam nessa qualidade, rememorando o percurso que vai do período em que prevalecia a absoluta irresponsabilidade estatal até os dias atuais, em que se afirma a responsabilidade objetiva, com as ressalvas já consagradas, como é o caso dos atos jurisdicionais, que apenas de forma excepcionalíssima poderiam gerar direito à indenização.

Quando trata da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, o Ministro Relator tem o cuidado de explicitar sua justificativa: a excepcionalidade do dever indenizatório decorrente de atos praticados pelo juiz apoia-se na necessidade de preservação da independência judicial na formação da convicção e no ato de julgar, sem que paire qualquer preocupação com eventual responsabilização em ação de regresso. Contudo, a situação ali abordada tem outro enfoque, qual seja, a demora no despacho citatório.

A decisão é muito clara em estabelecer que o Estado, inclusive quando exerce a função jurisdicional, é obrigado a atender o particular, destinatário dos seus serviços, de forma tempestiva. O voto tem uma parte que, pode-se dizer, é de inegável força ao dizer que nem mesmo a escassez de recursos humanos e o acentuado número de demandas que são distribuídas diariamente aos órgãos judiciários pode tornar ordinária uma situação em que o particular é obrigado a aguardar por um longo tempo apenas para que a citação do réu seja determinada pelo Poder Judiciário.

A questão é que, muito embora a decisão faça menção à necessidade de que o Estado-juiz deve atender o jurisdicionado em um prazo razoável, por expressa determinação constitucional – o que, naturalmente, tem íntima relação com a ideia de desvio produtivo –, ela não diz, sequer implicitamente, que estaria aplicando a teoria no caso concreto, mas, tão-somente, conferiu força material ao art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal da República de 1988, que trouxe, com a Emenda Constitucional n. 45, esse novo direito fundamental para o rol de direitos individuais.

Destarte, muito embora traga implicitamente a teoria do desvio produtivo para o Direito Público, é possível dizer, caso se observe estritamente uma metodologia que considere como expressivo que a decisão enfatize o emprego da teoria, que ela o faz a partir de um caminho oblíquo, qual seja, o direito fundamental à prestação jurisdicional tempestiva. Nada impediria, da mesma forma que os autores fazem com o princípio da eficiência, que o Superior Tribunal de Justiça tivesse conjugado o direito fundamental com a teoria do desvio produtivo, mas, no caso, não foi a opção dos magistrados que compuseram o colegiado.

Evidencia-se que a doutrina e a jurisprudência estão atentas à emergência da teoria do desvio produtivo em nossa contemporaneidade e, mais do que isso, não vislumbram, a princípio, algum elemento impeditivo para que essa tese seja aplicada à relação que liga a

Administração Pública e os particulares. Contudo, essa aplicação ocorre a partir de um objeto específico, qual seja, a prestação de serviços públicos.

Isso já permite cogitar, mesmo neste momento, que parece inusitado estabelecer obstáculo à sua incidência nas atividades administrativas em sentido estrito, uma vez que elas possuem plena aptidão para, em casos de atuação disfuncional, culminar na subtração dos recursos produtivos do particular. Segundo o exemplo a que já se recorreu em outros momentos, o concurso público é uma típica atividade administrativa em sentido estrito e, nesse sentido, o seu emprego disfuncional, quando nenhum dos aprovados chega a ser nomeado antes do encerramento do prazo de validade do certame, representa situação potencialmente caracterizadora de desvio produtivo.

Outra situação igualmente ilustrativa pode ser extraída dos procedimentos administrativos de credenciamento ou habilitação perante o poder público. Nesses casos, o particular, estimulado pela própria Administração Pública a participar de determinado arranjo institucional, mobiliza tempo, recursos financeiros, documentos, estrutura organizacional e expectativas legítimas para atender às exigências previamente estabelecidas. Quando, porém, o procedimento é conduzido de maneira disfuncional, seja pela imposição de exigências contraditórias, pela demora excessiva, pela alteração imotivada dos critérios inicialmente fixados ou mesmo pelo abandono injustificado da tramitação, a atividade administrativa em sentido estrito deixa de operar como instrumento de organização racional da atuação estatal e passa a representar fator de captura ilegítima dos recursos produtivos do particular. Também nesse caso, ainda que não se esteja diante de uma relação de consumo em sentido próprio, é possível perceber a aptidão da atuação administrativa para produzir situação potencialmente caracterizadora de desvio produtivo.

3.4 AS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS EM SENTIDO ESTRITO E A SUA CAPACIDADE DE IMPACTAR O TEMPO PRODUTIVO DO PARTICULAR

As atividades administrativas em sentido estrito ocupam um espaço de inegável destaque no modo como a Administração Pública e o particular se relacionam cotidianamente. Em especial quando se tem em vista um Estado Democrático de Direito pautado pela eficiência e pelo direito à boa administração, os procedimentos administrativos assumem ainda maior centralidade, na medida em que constituem o meio por meio do qual as decisões do poder público são estruturadas racionalmente na direção do interesse público. A sua eventual deformação, intencional ou não, possui a aptidão de

convertê-los, ao revés, em mecanismos de desgaste de tempo e de desvio de recursos públicos e, também, dos particulares por eles atingidos, seja em razão de exigências inócuas ou reiteradas, de instabilidades decisórias ou da inércia da Administração Pública. É nesse contexto que os procedimentos administrativos revelam o seu caráter ambivalente: simultaneamente instrumentos de proteção dos particulares e do interesse coletivo e locus privilegiado de produção do desvio produtivo.

3.4.1 A centralidade das atividades administrativas em sentido estrito nos diversos aspectos da vida do particular

Ao longo deste capítulo, especialmente no item 3.3.2, restou demonstrado que a academia e a jurisprudência compreendem que a incidência da teoria do desvio produtivo, como fundamento para a responsabilidade civil, é aplicável às relações que envolvem, de um lado, a Administração Pública e, de outro, o particular em torno da entrega de um serviço público. Essa constatação se evidencia, sobretudo, nos serviços públicos *uti singuli*, que, na hipótese, sequer dependeriam de uma ampliação propriamente dita da teoria, mas, tão somente, de sua incidência por força da lógica compartilhada com as relações de consumo.

Não é tarefa das mais complexas exemplificar uma hipótese em que a prestação inadequada de um serviço público tenha aptidão para fazer com que o particular, seu destinatário, sofra, indevidamente, a perda do seu tempo produtivo. Basta pensar, por exemplo, nos danos causados pelo retardo no restabelecimento do fornecimento de energia elétrica em uma residência, após a interrupção decorrente de sobrecarga na rede, por parte da concessionária do serviço público. Trata-se de situação que, infelizmente, é comuníssima como causa de pedir em incontáveis processos judiciais distribuídos diariamente.

Já se demonstrou que a Administração Pública realiza, no atendimento ao interesse da coletividade, diversas atividades, entre as quais se inserem os serviços públicos. Esse, contudo, não é o único agir administrativo capaz de produzir uma externalidade negativa, notadamente sob a forma de desvio produtivo. O funcionamento adequado dos órgãos e das entidades que compõem a Administração Pública depende da execução de uma série de atividades adstritas ao seu âmbito interno, aqui denominadas atividades administrativas em sentido estrito. Essas atividades, marcadas por forte carga burocrático-administrativa,

quando não executadas adequadamente, podem implicar o desperdício de recursos produtivos dos agentes privados que com elas se relacionam.

Pense-se, a esse respeito, no caso em que o particular, com o intuito de regularizar o funcionamento de seu estabelecimento, recorre ao órgão administrativo competente para obter uma certidão indispensável ao adequado andamento do procedimento, mas, em razão de uma deficiência da atuação administrativa, o documento não é elaborado no prazo devido, fazendo com que a autorização necessária seja retardada ou, ainda, obrigando-o a sucessivas idas e vindas para obter informações acerca da expedição do documento. É evidente que, nessa hipótese, uma atividade administrativa em sentido estrito tem aptidão para subtrair o particular de suas atividades cotidianas, deslocando sobre ele o custo temporal de uma disfunção que não foi por ele causada.

Sem aprofundar as demandas logísticas para que um órgão da Administração Pública possa desempenhar as suas funções, é indispensável: a) a instauração de um processo de contratação para a locação ou a construção de um imóvel que irá abrigar a unidade administrativa ou, ao menos, a afetação de um bem imóvel que já esteja no patrimônio público; b) a promoção de concurso público, de acordo com a regra do art. 37, II, da Constituição Federal da República de 1988, para a contratação de tantos funcionários quantos sejam necessários ao atendimento ao público e à operacionalização das atividades-meio; c) a deflagração de procedimento licitatório destinado à aquisição de todos os insumos que serão utilizados no órgão, como computadores, papel etc. Essa ligeira abordagem demonstra a complexidade que representa qualquer atividade do poder público.

Pode-se dizer que, em relação a essas atividades-meio que se desenvolvem interna corporis e com a finalidade de viabilizar o bom andamento das obrigações que, em razão do ordenamento jurídico, recaem sob a responsabilidade do Estado, a interação que se estabelece com o particular existe, ainda que de forma mediata, uma vez que, apesar de não representarem a demanda propriamente dita, sem a sua adequada realização quaisquer serviços a serem prestados ficam inviabilizados.

Em que pese os procedimentos administrativos, alguns atos administrativos, as exigências burocráticas, as fiscalizações e os processos sancionatórios não representem, fazendo um paralelo com a ciência processual, o bem da vida perseguido pelo particular quando se socorre do poder público, sem que essas atividades prévias sejam bem realizadas o interesse público não poderá ser satisfeito.

Essas atividades não são periféricas, mas estruturantes da vida social contemporânea e, sobretudo, irresistíveis, no sentido de que o particular não dispõe de qualquer outra alternativa senão submeter-se a elas.

Esse papel instrumental, todavia, não afasta a possibilidade de que a sua má execução possa produzir danos ao particular, da mesma forma que ocorre com os serviços públicos.

3.4.2 As atividades administrativas como *locus* privilegiado para a produção do desvio produtivo do particular

A partir da afirmação de que as atividades administrativas em sentido estrito podem, da mesma maneira que os serviços públicos, promover efeitos adversos aos interesses legitimamente protegidos dos particulares, isso porque qualquer conduta voltada à satisfação do interesse público demanda, como pressuposto inescapável, o desempenho de incontáveis atividades-meio, é possível dizer que essa externalidade pode estar consubstanciada no desvio produtivo.

O desvio produtivo, partindo da sua elaboração originária, é compreendido neste trabalho como a condução do agente privado, a partir de um prévio comportamento estatal, a mobilizar os seus recursos escassos para uma atividade que não terá a aptidão, por um fato que não lhe seja imputável, para produzir benefícios ao seu projeto pessoal.

O tempo, como visto no Capítulo 2, não é um mero fator econômico à disposição do particular, tampouco algo passível de recomposição *in natura*, mas um ativo cujo emprego deve ser cuidadosamente planejado e investido naquilo que, segundo a visão de cada indivíduo, melhor satisfaça seus projetos pessoais. Em uma sociedade na qual o Estado deve planejar a sua atuação de forma necessariamente conectada ao princípio da dignidade da pessoa e aos elementos que nele estão contidos, entre os quais se inserem o igual respeito, a liberdade para a definição dos projetos pessoais e, naturalmente, a escolha do caminho a ser percorrido para sua realização, é essencial que a Administração Pública atue tendo como uma de suas preocupações a preservação dos recursos produtivos dos particulares.

A partir do momento em que se reconhece que os recursos produtivos são escassos e que o tempo empregado em uma atividade, concebido como um desses elementos, tem a peculiaridade de ser irrecuperável em sua essência, é indispensável que o indivíduo realize a sua alocação com vistas à melhor realização dos seus projetos pessoais, o que implica,

naturalmente, uma dimensão qualitativa do seu investimento. Essa otimização dos recursos produtivos é essencial para que a pessoa consiga, na finitude inerente à sua existência, organizar a sua agenda de tal maneira que não incorra em desperdícios evitáveis.

Essa constatação não interessa apenas ao plano das relações privadas. Se não há dúvida de que o Estado justifica a sua existência, como fenômeno político-jurídico que impõe diversas limitações aos particulares, a partir do momento em que concretiza os direitos fundamentais historicamente conquistados, o que inclui a dignidade como valor imanente a todas as atividades estatais, é evidente que também se deve esperar coerência da atuação administrativa. O poder público não pode, ao mesmo tempo em que se apresenta como estrutura voltada à realização dos direitos fundamentais, funcionar de maneira desorganizada, imprevisível ou disfuncional, transferindo aos particulares o custo temporal de deficiências que pertencem ao seu próprio modo de atuação.

A relação que se estabelece entre o Estado e os particulares pode ser compreendida como um feixe que, a partir de diferentes espectros, os conecta em níveis diversos. Se o poder público atua para a realização dos direitos fundamentais e para a satisfação do interesse público e, por essa razão, necessita desempenhar uma série de atividades internas para atender às expectativas dos particulares, tão numerosas em um Estado que transita entre os modelos social e regulador, é indispensável que a Administração Pública atue de maneira eficiente, coerente e previsível. Somente assim os agentes privados, ao organizarem agendas que passem por esses procedimentos, poderão avaliar, com um mínimo de segurança, se seus interesses serão satisfeitos de alguma maneira e, a partir disso, decidir se vale empregar seus recursos produtivos naquela relação com o poder público.

Quando se fala em lucro, naturalmente, não se está tratando apenas de sua dimensão econômica, mas também da satisfação de projetos pessoais que, em muitos casos, não possuem uma avaliação pecuniária capaz de retratar a sua verdadeira relevância para a existência da pessoa. A proteção dos recursos produtivos, em especial do tempo, traduz de forma bastante adequada essa afirmação, uma vez que, sem o domínio sobre o emprego do próprio tempo nas atividades que assumem relevo para o particular, abre-se espaço para uma espécie de esvaziamento da existência e para a instrumentalização do indivíduo. Apenas quando ele consegue realizar um juízo prospectivo racional sobre a alocação dos seus recursos é que se torna possível definir aquilo que efetivamente ocupará a sua vida,

em detrimento de outras experiências que, por força da finitude humana, precisarão ser deixadas de lado.

Sunstein e Vermeule (2021, p. 98-100), ao analisarem, sob a ótica de um Estado Administrativo, a relação que se estabelece entre o papel desempenhado pelas agências naquele país e a deferência que os Tribunais – em especial a Suprema Corte – devem render aos atos por elas praticados com base em um viés estritamente técnico, são claros ao afirmar a necessidade de que a conduta dessas entidades esteja pautada pela coerência e, sobretudo, pela permanência, uma vez que “onde o planejamento econômico ou outros *reliance interests* estão envolvidos, uma mudança no cenário regulatório é um problema sério”. O argumento central dos autores é no sentido de que mudanças constantes impedem que os agentes econômicos possam realizar uma tarefa de prospecção que é inerente a qualquer agenda de investimentos de recursos economicamente expressivos.

Transportando o estudo para a realidade desta pesquisa, as atividades administrativas em sentido estrito precisam ser desempenhadas pelos agentes públicos com a clara consciência de que, embora a sua natureza mediata em relação ao particular, elas o atingem, em muitos casos, de forma direta. Qualquer movimentação da Administração Pública em um determinado sentido carrega ao particular a confiança de que se trata de uma postura coerente, voltada à satisfação do interesse público e, por isso, apta a ensejar uma prospecção de que atingirá os fins a que se propõe.

É natural que o particular tenha a confiança de que a atuação da Administração Pública é planejada com vistas a atender aos incontáveis interesses da coletividade, e, dessa maneira, a partir do momento que ela acena, com a instauração de um procedimento administrativo, em um determinado sentido, o que se espera é que o seu termo regular seja atingido, isto é, que o concurso público culmine com a posse dos candidatos classificados dentro do número de vagas, que a contratação seja ultimada após o desfecho do procedimento licitatório, que a certidão seja lavrada corretamente no prazo estabelecido, etc.

A atividade administrativa em sentido estrito pode gerar o desperdício do tempo e a alocação improdutiva dos recursos dos agentes privados voltados à realização dos seus interesses quando se desenvolve de maneira intempestiva ou, ainda pior, quando, depois de mobilizar expectativas legítimas e recursos produtivos do particular, não atinge o seu desfecho ordinário e acaba por se revelar disfuncional.

Em tais hipóteses, a atuação administrativa deixa de cumprir a sua função instrumental de viabilização do interesse público e passa a incidir, de forma sensível, sobre as expectativas legitimamente formadas pelos particulares, desorganizando a racionalidade com que alocam os seus recursos escassos e convertendo o tempo — insuscetível de recomposição — em um custo improdutivo, o que abre espaço para a caracterização do desvio produtivo como consequência juridicamente relevante da atuação estatal.

3.4.3 Os processos administrativos como mecanismos ambivalentes: entre garantia procedimental e instrumento de desgaste dos particulares

O processo, onde quer que se desenvolva, assume uma função que vai muito além de propiciar a tomada de uma decisão fundamentada quanto a um determinado objeto. Nos dias de hoje, representa quase um arco reflexo conectar o processo à ideia de garantia de direitos, isso porque é por meio dele que são exercidos boa parte dos direitos individuais conquistados pelas pessoas em face do Estado.

Vejamos, de forma mais específica, o caso do ordenamento jurídico brasileiro: a Constituição Federal da República de 1988, em especial em seu art. 5º, tem uma riquíssima construção no que tange ao reconhecimento, pelo Estado, de diversos direitos individuais que são exercidos por meio da processualização das relações jurídicas. De nada adiantaria, por exemplo, reconhecer o direito à ampla defesa, ao contraditório, à vedação de comportamentos probatórios ilícitos e à afirmação do juiz natural se não fosse estabelecida, na mesma toada de ideias, a necessidade de que as decisões sejam tomadas a partir de um processo regular.

É por meio do processo que as pessoas conseguem exercer boa parte dos direitos fundamentais que as normas constitucionais estabelecem como proteção à atuação do poder constituído em relação às liberdades individuais, e, por tal motivo, o processo pode ser considerado como uma garantia das garantias assumindo a posição de elemento central em um Estado Democrático de Direito.

Analisando o processo sob esse viés de garantia, Pegini e Delfino (2019, p. 74) o identificam como um anteparo contra eventuais anomalias no exercício do poder decisório, tais como surpresas, omissões, contradições, ocultamentos, obscuridades, arroubos e atropelos, todas situações que, de alguma maneira, comprometem a legitimidade do exercício do poder pelo Estado em relação às pessoas. A partir dessa ilustração, o que se percebe é que o emprego adequado do processo significa um forte indício de que as pessoas

envolvidas na tomada de decisão a partir dele tiveram os seus direitos fundamentais respeitados, ou, pelo menos, que é possível realizar um escrutínio a respeito desta situação.

No âmbito da Administração Pública, o processo representa o exercício de uma atividade administrativa pelos agentes do Estado e, sob a ótica do particular, a concretização de direitos fundamentais que buscam, em última análise, proteger a sua esfera de liberdade contra a atuação do poder constituído. Se o poder público justifica e legitima o exercício das suas atividades voltadas a satisfazer os interesses da coletividade a partir do seu adequado emprego, o particular por ele atingido pode submeter ao escrutínio dos órgãos de controle se a legalidade foi observada, se a motivação é legítima e se há um mínimo de racionalidade decisória.

A questão é que o Direito, apesar de se inserir no espaço de saber das ciências sociais aplicadas, não se propõe a estabelecer o ser, mas, tão somente, o dever-ser, como uma espécie de bússola para diagnosticar os cenários adversos que a sociedade pretende superar e, ao mesmo tempo, oferecer um modelo ideal a ser observado para a satisfação dos valores inseridos em seu ordenamento jurídico¹⁰⁸. Essa constatação é necessária para afirmar que o processo possui uma ambivalência que faz com que, em muitos casos, ele perca essa essência democrática e se converta em instrumento de fragilização de direitos.

O processo pode acabar desviado do seu escopo em diversas situações e, com isso, converter-se em um verdadeiro fator de onerosidade ou, empregando uma expressão que melhor exprime o fenômeno tratado nesta tese, em um instrumento de dilapidação do tempo e de desvio produtivo, tanto da Administração Pública quanto do particular que com ela se relaciona. A processualização da relação entre Estado e particular se transmuda de mecanismo de garantia de direitos em instrumento de fragilização deles.

Essa distorção do processo em relação à função garantista que constitucionalmente é propugnada para ele se opera, por exemplo, quando passa a ser compreendido pelos seus envolvidos — ao menos por um deles — como uma mera concretização de tarefas burocráticas¹⁰⁹, muitas vezes despidas de qualquer significado para a sua finalidade última,

¹⁰⁸ A preocupação é com o ordenamento jurídico, isso porque, a ideia de justiça representa uma das mais sensíveis questões da existência humana, fomentando debates e múltiplas construções teóricas sobre o seu significado. Por outro lado, para fins desta pesquisa, adota-se a perspectiva do positivismo jurídico de Hans Kelsen (2009, p. 113-114) que estabelece um corte metodológico fundamental que é aqui abraçado: o Direito deve se ocupar da norma jurídica e do dever-ser (Sollen), afastando-se de julgamentos valorativos sobre a justiça ou a moral, que pertencem ao campo da sociologia, da política e do mundo do ser (Sein).

¹⁰⁹ A burocracia pode assumir, em cada caso, feições distintas: em uma, representa um importante instrumento para que os mecanismos de controle da Administração Pública sejam articulados, haja vista que, a partir do momento em que há um percurso claramente pré-definido para que o poder público atue no caso concreto — uma espécie de passo a passo —, torna-se facilitada a análise quanto ao acatamento da

como ocorre quando se ignora a instrumentalidade das formas e se exige a observância de uma formalidade desnecessária na prática de um ato procedimental. Pior ainda é a hipótese em que o processo sequer chega ao seu termo regular em razão da conduta de uma das partes nele envolvidas, como, por exemplo, quando é anulado desde o nascedouro pelo reconhecimento de um vício que não seja passível de convalidação ou, no caso de um processo administrativo, quando a Administração Pública decide revogá-lo, ao argumento de uma nova avaliação da conveniência e da oportunidade.

Naquela situação em que, no curso de um processo administrativo, o particular é instado pela Administração Pública a mobilizar o seu esforço para a realização de um ato que não seja marcado pelo traço de essencialidade para o desfecho do procedimento, ele acaba, para satisfazer a um capricho do agente do Estado, obrigado a direcionar os seus recursos para tanto. É o caso, por exemplo, no qual é solicitada uma documentação absolutamente desnecessária para o cumprimento dos objetivos do processo.

Mais grave ainda é a situação em que o procedimento administrativo, por conta de um fato que não pode ser imputado ao particular, acaba não atingindo o seu desfecho esperado, fazendo com que todo o esforço produtivo empregado em sua participação se revele inútil, muitas vezes sob o argumento da discricionariedade administrativa.

Decerto, a discricionariedade administrativa é um dos instrumentos mais relevantes para que o administrador público consiga, diante das adversidades que se apresentam em um cenário de fato marcado por uma dinâmica cada vez mais acelerada, atender aos interesses presentes na sociedade por meio de políticas públicas respaldadas pelo projeto constitucional. O problema é que a vagueza inerente ao instituto e, infelizmente, a postura de alguns gestores públicos que não atuam da forma mais consentânea ao interesse público acabam fazendo com que essa prerrogativa seja utilizada como uma espécie de argumento coringa para alterar, de forma aleatória, o encaminhamento das atividades desempenhadas pelo órgão ou pela entidade administrativa.

As atividades administrativas em sentido estrito, muito embora tenham uma função instrumental à satisfação do interesse público e, por isso, sejam mais percebidas no âmbito interno dos órgãos e das entidades administrativas, não raras vezes causam prejuízos diretos aos particulares. Isso ocorre na medida em que estes passam, ainda que sob

juridicidade; em outra, significa o desperdício de recursos a partir da exigência da prática de determinadas condutas que não possuem maior relevância para que a decisão seja legitimamente adotada.

diferentes intensidades, a organizar as suas agendas pessoais a partir de uma razoável prospecção quanto aos movimentos que serão adotados pela Administração Pública e que podem, de alguma forma, viabilizar a concretização dos seus projetos.

Essa situação fica muito clara com o exemplo já trabalhado do concurso público, que representa um procedimento administrativo estruturado em fases, a partir da elaboração de um edital, cuja finalidade é viabilizar a contratação, pela Administração Pública, daquelas pessoas que, em razão do desempenho nas provas a que se submetem, revelam-se as mais aptas a contribuir para a satisfação das necessidades da coletividade. A partir do momento em que são oferecidas vagas aos concursandos, o que se espera é que aqueles classificados dentro desse número sejam nomeados e empossados.

O Supremo Tribunal Federal fixou tese, no Tema de Repercussão Geral nº 1.164¹¹⁰, no sentido de que é possível, excepcionalmente, negar o direito à nomeação e à posse do candidato aprovado dentro do número de vagas em concurso público promovido pelo Estado quando: 1) restar demonstrado que a nomeação implicaria a superação do limite de gastos com pessoal, tal como estabelecido pela Lei Complementar n. 101/2000; 2) essa demonstração ocorrer antes do término do prazo de validade do concurso; e 3) a autoridade administrativa comprovar essa situação em decisão devidamente motivada.

Dúvida não há, mormente em um Estado submetido a uma rigorosa situação fiscal, que impede, em situações mais agudas, até mesmo o pagamento em dia dos salários dos seus servidores e a realização de investimentos estruturais mínimos, de que a garantia de respeito à Lei Complementar n. 101/2000 constitui preocupação das mais legítimas. Nesse ponto, é de indubitosa correção a decisão do Supremo Tribunal Federal. Contudo, o que se pode dizer do candidato que, desconhecendo a situação fiscal da entidade federativa para a qual se submeteu ao certame, condiciona a sua vida e investe o seu tempo disponível para se preparar e realizar as provas do concurso, mas, ao final, mesmo aprovado dentro do número de vagas, não é nomeado pelo fato de que o gasto com pessoal já se encontrava próximo ao limite estabelecido pela legislação de regência? Pior ainda: é possível que essa condição da Administração Pública seja superveniente ao próprio concurso, o que se revela quando há uma redução brusca da receita pública ou quando contratações de livre nomeação são realizadas sob os mais diversos argumentos.

¹¹⁰ “A superveniente extinção dos cargos oferecidos em edital de concurso público em razão da superação do limite prudencial de gastos com pessoal, previsto em lei complementar regulamentadora do art. 169 da Constituição Federal, desde que anterior ao término do prazo de validade do concurso e devidamente motivada, justifica a mitigação do direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas.”

O procedimento administrativo estimulou o particular a investir seus recursos produtivos para a submissão ao exame, mas, por uma contingência imputável exclusivamente à Administração Pública, o concurso não atingirá o termo que dele legitimamente se espera, qual seja, a criação de vínculo estatutário com aquele que foi aprovado dentro do número de vagas previstas no certame.

Não é uma postura que se espera do gestor público, ao menos não deveria ser, instaurar concurso público para o provimento de cargos vagos se não há margem financeira para a realização das contratações sem o desatendimento das regras de responsabilidade fiscal. Também não é algo que se possa exigir, nem mesmo do mais diligente dos aspirantes a um cargo público, que, antes de avaliar a submissão ao certame, examine a saúde fiscal da unidade federativa à qual está vinculado o órgão promotor do concurso. Há uma confiança legítima do particular no sentido de que, se aprovado dentro do número de vagas, será nomeado e empossado pela Administração Pública, sob pena de, se assim não fosse, o Estado enfrentar severas dificuldades para encontrar pessoas dispostas a investir tempo e esforço na preparação para um certame marcado por todas as dificuldades que lhe são intrínsecas.

Nesse cenário, o particular é estimulado a elaborar uma estratégia de investimento dos seus recursos produtivos pela própria Administração Pública que, ao final, torna sem qualquer efeito útil, para os projetos pessoais do candidato, todo o esforço por ele empreendido, na medida em que não haverá nomeação e posse.

A situação assume contornos ainda mais dramáticos para o candidato quando se considera que a tese firmada por ocasião do julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 784¹¹¹ estabelece que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso não implica, necessariamente, o direito à nomeação do candidato aprovado fora do número de vagas no certame anterior. Dessa maneira, se a Administração Pública deixa de nomear o candidato aprovado em razão da ausência de limite orçamentário para gastos com pessoal

¹¹¹ O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1 - Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 - Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 - Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

e, uma vez superada com brevidade essa condição patológica das contas públicas, promove novo concurso ou faz surgir novas vagas, ainda assim de nada terá adiantado todo o tempo por ele empregado na preparação anterior, restando-lhe, tão somente, passar novamente por todo o percurso que já havia legitimamente trilhado.

Da mesma maneira, lançando o olhar para a hipótese com vistas à proteção da confiança legítima, o mesmo pode ser dito do processo licitatório que, ao invés de representar uma garantia aos particulares que, a partir do ato convocatório, submeteram as suas propostas ao escrutínio acerca daquela que melhor atenderia ao interesse público, ou de viabilizar que os órgãos de controle exerçam o seu papel republicano na fiscalização da aplicação das divisas que compõem a Fazenda, representa um foco de desvio dos recursos produtivos, impedindo que eles sejam investidos em uma operação que, ao final, possa render, de forma efetiva, resultados benéficos — e ótimos — para a Administração Pública e, sobretudo, para o agente econômico privado.

Naquelas situações em que o processo se desvia da sua finalidade garantista e se converte em uma manifestação burocrática despida de qualquer sentido útil, com exigências descabidas ou interrupções sem uma justificativa racionalmente plausível, o que se tem é algo que transborda o corriqueiro, configurando a realização de um desvio produtivo do agente privado — e, por que não, da própria Administração Pública.

3.4.4 Ineficiência administrativa, desorganização institucional e transferência indevida de custos ao particular

A ordem jurídica vigente no Brasil sinaliza que o agir administrativo estará pautado pela legitimidade que se espera de um Estado Democrático de Direito, retomando o raciocínio desenvolvido até aqui, quando ele puder ser positivamente qualificado como eficiente e orientado pela concretização do direito à boa administração.

Quando o art. 37, caput, da Constituição Federal da República de 1988 estabelece que a Administração Pública deve pautar os seus atos, dentre outros, pelo princípio da eficiência, significa que todo o agir administrativo deve estar baseado, em tese, na busca da obtenção dos melhores resultados possíveis para a realização do interesse público, a partir do emprego otimizado da menor quantidade possível de recursos públicos. A atividade administrativa em sentido estrito deve observar o emprego racional dos recursos humanos e financeiros que estão à disposição do poder público para o desempenho das suas funções.

Diante da multiplicidade de interesses que devem ser tutelados pelo Estado brasileiro, que tem em seu âmago uma sociedade extremamente plural em sua constituição e, sobretudo, nas necessidades a serem atendidas, os recursos financeiros que ficam à disposição dos gestores são tão escassos quanto a quantidade de pessoas que, após um concurso público, passam a dedicar-se profissionalmente ao serviço público, emprestando a sua qualificada mão de obra à Administração Pública.

É inconcebível, sob a ótica da eficiência, que um servidor público concursado, cuja mão de obra pode ser empregada na satisfação de uma série de necessidades, seja alocado na condução de um procedimento administrativo que, ao final, atenda apenas à satisfação de ritos burocráticos divorciados de qualquer racionalidade ou que não represente um desfecho útil para o atendimento de um interesse público.

O processo, compreendido como um mero instrumento burocrático ou que não culmine com qualquer resultado finalístico produtivo em razão de sua extinção anômala, representa uma autêntica hipótese de disfuncionalidade administrativa. A prática de qualquer ato procedimental deve ter uma razão instrumental para a sua exigência, da mesma maneira que o deslinde de um procedimento no âmbito da Administração Pública, com o custo que ele implica, somente se justifica quando, a partir dele, for possível aferir algum resultado, naturalmente ligado à satisfação de um interesse público. Qualquer situação que se desvie desses parâmetros dá ensejo à perniciosa disfuncionalidade administrativa, que atinge não apenas o poder público, mas, sobretudo, a coletividade e os particulares por ela alcançados.

O processo disfuncional — assim compreendido aquele que não atinge qualquer resultado prático ou que contém, em seu iter procedimental, a prática de atos destituídos de razão instrumental — constitui um foco de danos para a Administração Pública, para a coletividade e para os particulares diretamente vinculados ao seu trâmite. Por outro lado, pode-se afirmar que a disfuncionalidade administrativa não é neutra, pois representa uma externalidade que atinge, de forma mais intensa, um dos atores dessa relação dinâmica: o particular.

No que diz respeito ao cidadão em geral, a Administração Pública disfuncional acarreta prejuízo no que tange à satisfação do interesse público ou, ao menos, à sua realização intempestiva ou com o emprego de mais recursos do que seria necessário, em prejuízo de outra atividade que poderia ser executada no cotidiano do poder público. O Estado não possui todos os agentes que desejaria dispor para desempenhar todas as

atividades que lhe incumbem, dentre outros motivos, pelo ônus financeiro de manter em seus quadros um funcionário público. Da mesma maneira, os recursos econômicos que têm à sua disposição nunca são suficientes para fazer frente a todas as exigências que lhe são impostas pela coletividade. Quando algum desses recursos é utilizado de forma inadequada, o que se tem é o consequente sacrifício em relação a outra frente que demandaria a atuação do Estado.

Trata-se de uma conclusão irresistível: se não é possível atender a todas as necessidades com os recursos à disposição, a sua alocação em uma atividade disfuncional implicará a não satisfação ou, ao menos, o atendimento inadequado de outra que não foi priorizada. Esse agir administrativo divorciado dos parâmetros de eficiência produz inquestionáveis danos ao cidadão em geral.

Da mesma forma – talvez com maior intensidade – é a insatisfação quanto aos legítimos interesses na atuação escoreita do Estado daqueles que com ele se relacionam diretamente, considerando-se este vínculo a partir da participação no processo administrativo que, mal conduzido pela Administração Pública, acaba por impor um desvio no emprego dos recursos produtivos que o agente privado tem à sua disposição.

Se o particular mobiliza os seus recursos para atuar em uma determinada operação, por menos complexa que ela seja, deixará de dispor deles para desenvolver outra atividade que, em tese, pode ser adequada à satisfação dos seus interesses legítimos, como a aferição do lucro, por exemplo.

Neste momento, o que é importante – e necessário – ter claro é que o Estado, ao desempenhar de maneira disfuncional as suas atividades administrativas em sentido estrito, ainda que estas fiquem limitadas ao âmbito interno dos seus órgãos e entidades, impõe, especialmente a terceiros particulares, o ônus dessa forma de atuação, devendo esta ser considerada como uma externalidade reconhecida.

Em síntese, sempre que o Estado não atua de forma organizada, racional, planejada e instrumental, no desempenho das suas atividades administrativas em sentido estrito, sobre alguém recairá o ônus de arcar com essa conta.

3.4.5 O desvio produtivo como dano decorrente do exercício disfuncional das atividades administrativas em sentido estrito

A partir da premissa estabelecida no tópico anterior, sempre que o Estado, por meio dos seus órgãos e entidades, atua, ainda que nos limites da sua própria estrutura, de

maneira disfuncional, ou seja, desviando-se da eficiência, o ônus desse modelo patológico de agir acaba recaindo sobre os particulares. Os prejuízos que resultam dessa postura inadequada, repita-se, não são neutros e se fazem sentir pelos particulares.

A partir do momento em que se afirma que as atividades administrativas em sentido estrito, embora tenham natureza instrumental em relação à atividade-fim do Estado, possuem aptidão, como qualquer outra, para gerar reflexos prejudiciais aos interesses dos particulares que com elas se relacionam diretamente, torna-se insustentável sustentar que a disfuncionalidade no emprego do processo se restringe a uma questão interna corporis, a ser resolvida apenas pelos meios administrativos próprios. Essa situação faz surgir uma nítida crise jurídica: a pessoa, destinatária de toda e qualquer ação estatal, tem os seus legítimos interesses violados por uma postura do poder público que contraria não apenas a determinação constitucional de que a Administração Pública esteja sempre voltada à eficiência, mas, igualmente, o seu próprio fator de legitimação, qual seja, a concretização dos direitos fundamentais, em suas múltiplas dimensões.

Tendo-se claro que as atividades administrativas em sentido estrito correspondem aos procedimentos indispensáveis para que o poder público possa entregar a sua atividade finalística à coletividade, qualquer inadequação na sua dinâmica implica, de maneira inevitável e em diferentes graus, a frustração dessa operação. Se o Estado tem uma existência meramente instrumental em relação aos particulares, que devem ter os seus direitos concretizados – ou, ao menos, potencializados – pela atuação dos agentes públicos, decorre disso que qualquer atividade realizada de forma inadequada implicará custos de direitos.

O princípio da eficiência, força motriz do caráter funcional da Administração Pública, impõe que qualquer atividade administrativa em sentido estrito seja executada com vistas a atender a um interesse público, sem a imposição de quaisquer entraves burocráticos, senão aqueles indispensáveis para o controle dos atos dos agentes públicos e, sobretudo, deve estar voltada para a finalidade específica a que se propõe.

Não se pode deixar de reconhecer que, em certos atos praticados pelos agentes públicos, em que pese se ajustem ao conceito proposto para considerá-los como atividades administrativas em sentido estrito, não são provocados maiores transtornos aos particulares. A partir do momento em que se considera como atividade administrativa em sentido estrito qualquer atuação da Administração Pública, por intermédio dos seus agentes regularmente investidos de função estatal, que tenha o escopo de permitir a entrega da sua atividade-fim

aos particulares, incontáveis se tornam aquelas que se ajustam a esse conceito. Assim, quando um agente recebe um documento encaminhado pelo particular ou quando se dirige ao superior hierárquico prestando informações acerca de um ato que por ele foi praticado são atos que podem ser alocados na categoria das atividades administrativas em sentido estrito.

Sob o ponto de vista da dogmática jurídica e da – atualmente criticada – *summa divisio* do conhecimento do Direito a partir da bipartição entre público e privado, não parece equivocado, neste momento, recorrer à teoria dos atos jurídicos do Direito Civil para explicar um fenômeno que, indubitavelmente, se dá no âmbito da Administração Pública, qual seja, aquele em que o agente público pratica um ato, mas que, por se tratar de algo corriqueiro e que não exprime, ao menos de maneira mais relevante, uma expressão volitiva daquele que o executa, não possui aptidão para gerar qualquer espécie de repercussão juridicamente relevante para o particular¹¹².

Os atos-fatos jurídicos, segundo Mello (2009, p. 114), são aqueles que, não obstante reconhecidos juridicamente como aptos a ensejar uma modificação em relação a um direito e, portanto, exigirem, para a sua higidez, a manifestação de uma vontade adequada segundo todos os aspectos da legalidade, têm os seus efeitos decorrentes diretamente da norma e, por conta disso, como o elemento volitivo acaba submetido a uma segunda escala de relevância, é reconhecida a sua validade.

Há determinados atos imputáveis a um agente público em que o seu comportamento é percebido na realidade dos fatos, mas em que a sua vontade não assume destaque para que sejam produzidos determinados efeitos, os quais ocorrerão de uma maneira ou de outra, bastando que ele externe a sua conduta. É o que se dá em diversas situações cotidianas dos órgãos e entidades administrativas, quando o agente público, sem sequer se dar conta, pratica atos administrativos, agindo quase de forma automática, como quando recebe um documento encaminhado pelo particular buscando uma informação ou quando presta um atendimento acerca do trâmite de um processo administrativo.

¹¹² Esse fenômeno jurídico costuma ser apresentado em Direito Civil no momento em que se explora, dentre os elementos do negócio jurídico, a vontade da pessoa, que deve ser emitida por aqueles que, segundo os arts. 3º a 5º do Código Civil brasileiro, possuem capacidade para a prática dos atos da vida civil. Um exemplo que é apresentado, corriqueiramente, para ilustrar essa situação, inclusive, envolve a prestação de serviços públicos, qual seja, a pessoa que ainda não atingiu a maioridade e que contrata o serviço de transporte público coletivo: apesar de não ter completado todos os requisitos para viabilizar uma contratação adequada, o ordenamento reconhece efeitos jurídicos a essa operação.

São atos que, muito embora considerados como atividades administrativas em sentido estrito, ante o seu caráter imediato, simples – quase como uma espécie de sinapse – não demandam o emprego da processualidade para que sejam produzidos. Exigir a sua exteriorização a partir de um rito procedimental, por mais simplificado que fosse, seria contraproducente e, até certo ponto, pouco racional.

Vale destacar: não se exclui, de forma absoluta, a possibilidade de que estes atos acarretem para o particular alguma externalidade, contudo, o que se coloca é que essa atividade da Administração Pública, especificamente, não possui a suscetibilidade para gerar prejuízos aos interesses legítimos de maior expressão.

O problema de um agir administrativo disfuncional para os interesses do particular ocorre quando se está diante de uma atividade administrativa que, pela sua natureza, demanda o deslinde de um procedimento no âmbito da Administração Pública. Isso se justifica pelo fato de que, nessas situações, pela própria essência de qualquer processo, o agir administrativo se prolonga no tempo, desde o momento em que o poder público manifesta a sua intenção de executar um ato que depende da prática de atos encadeados finalisticamente por diversos atores até o seu desfecho.

Tal como se dá na realização de uma contratação pública, na edição de um ato de tombamento ou no deferimento de uma licença, apenas para mencionar alguns bons exemplos, a Administração Pública não pode tomar a sua decisão no caso concreto, ante a exigência normativa da sua construção a partir de um procedimento formal que possibilite a participação daqueles que acerca dele tenham um interesse jurídico, senão a partir de um processo.

O processo, como um fenômeno instrumental, surge para concretizar um fim específico. Dessa maneira, o processo judicial surge com a intenção de permitir que o Estado-juiz atue em um caso concreto, resolvendo uma situação de instabilidade jurídica. O processo legislativo é iniciado com a intenção de implementar uma alteração na conformação do ordenamento jurídico a partir da elaboração de uma nova norma. Já o processo administrativo tem espaço quando os órgãos e entidades da Administração Pública precisam, para a satisfação de um interesse da coletividade, de um ato que demanda, necessariamente, a sua construção a partir da prática de diversos atos.

Assim, se o processo é um instrumento, ele surge com uma finalidade específica que poderá, ao final, ser concretizada ou não. É possível que, por diversos motivos, o processo judicial não termine com uma decisão estabilizando a situação jurídica entre os

jurisdicionados; o processo legislativo poderá não culminar com a produção de um ato normativo válido; e o processo administrativo poderá não viabilizar a decisão administrativa que era esperada quando da sua instauração.

Partindo desses cenários um processo administrativo pode resultar em um desfecho ordinário ou em um desfecho anômalo.

O seu desfecho é ordinário quando, após o seu regular trâmite, ele culmina com a elaboração daquele ato administrativo para o qual se prestava desde o início. Em um processo licitatório, por exemplo, a Administração Pública pretende verificar, dentre os interessados, aquele que apresenta a melhor proposta apta a atender aos parâmetros estabelecidos para a satisfação do interesse público e, dessa maneira, o seu desfecho esperado é a contratação do objeto. Já em um processo administrativo sancionador, objetiva a Administração Pública averiguar a responsabilidade administrativa de determinado agente público ou particular para, se for o caso, impor uma sanção, sendo a decisão no sentido da imposição ou não da penalidade a sua conclusão ordinária. Em um concurso público o intuito é auferir quem tem o melhor desempenho a partir das provas que são aplicadas para que, ao final, os melhores classificados sejam empossados dentro do número de cargos que estejam vagos.

De forma resumida, o desfecho ordinário de um procedimento administrativo se verifica quando ele atende ao seu caráter instrumental e permite que a Administração Pública pratique, de forma legítima, aquele ato que por ela era pretendido.

Já o desfecho anômalo se verifica quando o processo administrativo não consegue, ao final, atingir a finalidade para a qual se propunha. Em outras palavras, a Administração Pública não logra extrair dele qualquer efeito prático para a sua atuação em prol do interesse da coletividade, e, da mesma maneira, todos os particulares que dele participam de forma direta.

Essa situação pode se dar de duas maneiras distintas, quais sejam, a anulação e a revogação.

O desempenho de qualquer atividade administrativa está submetido à observância do princípio da juridicidade, de tal forma que não se pode reconhecer a validade dos efeitos que venham a ser produzidos em desconformidade com ele. Durante todo o curso do processo administrativo, desde o seu início até a preclusão da decisão que venha a ser proferida pela autoridade administrativa competente, a Administração Pública não pode se

afastar da observância dos limites que foram estabelecidos previamente pelo ordenamento jurídico.

Quando um ato processual for praticado sem a observância de uma determinação cogente do legislador, surgirá, por violação ao princípio da juridicidade, uma nulidade, sendo certo que, a depender da sua relevância para o procedimento e da possibilidade de sua convalidação, poderá culminar com a conclusão frustrada do processo.

Dessa maneira, a anulação está ligada, de forma direta, à ideia de que a Administração Pública deve estar atenta, em todos os seus atos, ao que estabelece o ordenamento jurídico.

A revogação, por outro lado, não traz consigo um aspecto de legalidade, mas o exercício da liberdade que o ordenamento jurídico confere ao administrador para, em suas atividades cotidianas, melhor atuar com vistas à satisfação do interesse público. A ideia que subjaz ao conceito de discricionariedade administrativa é a de que o interesse público é dinâmico e que, por conta disso, é indispensável, para a sua realização, que os administradores públicos disponham de certa margem de liberdade, a fim de que seja possível, a depender da situação concreta, praticar ou deixar de praticar um ato.

É importante, desde já, deixar bem claro que o reconhecimento da discricionariedade da Administração Pública em certos casos pelo ordenamento jurídico não implica sinônimo de arbitrariedade, isto é, cabe ao agente público exercê-la com parcimônia e de forma equilibrada em consonância com os valores constitucionais. Por uma escolha do legislador, a prática do ato administrativo fica sujeita aos critérios de conveniência e oportunidade.

A revogação do processo administrativo como desfecho anômalo será analisada, com mais profundidade no próximo capítulo da tese, mas, neste momento, ela se consubstancia na hipótese em que a autoridade administrativa extingue o processo sem decidir acerca da questão que justificou o seu início, por compreender que, naquele momento, não seria algo conveniente e oportuno para a satisfação do interesse da coletividade.

Tanto nos casos em que o processo administrativo é anulado quanto revogado, o que se tem é que ele não produzirá qualquer efeito prático para a Administração, mas, igualmente, para o particular que, de alguma forma, participou do seu trâmite por manifestar, em relação a ele, o potencial para satisfazer um interesse legítimo.

Para que um agente privado possa participar de um processo administrativo, qualquer que seja o seu objeto, a complexidade dos atos que deverão ser por ele praticados, de tal maneira que o seu interesse legítimo seja preservado, e, ainda, a seriedade que exige qualquer interação com o Estado, cuja atuação está sempre direcionada à realização do interesse público, tornam essencial que ele desloque, dentre os seus recursos escassos, aqueles indispensáveis. Nesse cenário, diante da impossibilidade de atuação simultânea em tantos quantos sejam os focos de interesse do agente privado, caberá a ele realizar uma escolha dramática e, dessa maneira, não participar de todos os disponíveis.

Com base na quantidade de recursos que tem à sua disposição para empregar naquelas atividades que sejam potencialmente relevantes para os seus interesses legítimos, os agentes privados elegem aquelas das quais participarão e, por uma via oblíqua, deixam de lado tantos outros que, em tese, também poderiam reverter para eles algum benefício. Ele abre mão, até mesmo, de momentos de ócio, do convívio com parentes e amigos, etc.

Naqueles casos em que o particular direciona os seus recursos para participar de um processo administrativo, estimulado pelo poder público, que sinaliza com a possibilidade de que ele obtenha um benefício para um interesse legítimo caso atue adequadamente, o exercício disfuncional da atividade administrativa em sentido estrito acaba por realizar um desvio produtivo naqueles casos em que o seu desfecho for anômalo.

É neste contexto que se pode afirmar que as atividades administrativas em sentido estrito têm a capacidade de ensinar, aos agentes privados que se relacionam com a Administração Pública, potenciais danos decorrentes do desvio produtivo, ainda que aquelas estejam restritas ao âmbito dos órgãos e entidades administrativas.

Resta a seguinte indagação: é possível fazer incidir a teoria do desvio produtivo sobre as atividades administrativas em sentido estrito?

3.5 OBSTÁCULO(S) JURÍDICO(S) E OS CAMINHOS A SEREM PERCORRIDOS PARA RECONHECER O DESVIO PRODUTIVO DO PARTICULAR CAUSADO PELAS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS EM SENTIDO ESTRITO

Uma vez superadas as dúvidas a respeito da possibilidade de que uma atividade administrativa em sentido estrito seja capaz de provocar, ao particular que se relaciona com a Administração Pública, o desvio dos seus recursos produtivos, torna-se possível enfrentar o problema que, talvez, constitua a pedra de toque para confirmar a viabilidade de ampliação da teoria para alcançar a hipótese aventada nesta tese.

É preciso diagnosticar os obstáculos à utilização da teoria do desvio produtivo nas relações típicas de Direito Público que atingem os particulares, violando as legítimas expectativas quanto a obtenção de um retorno através do emprego dos seus recursos produtivos, e responder a tais objeções a partir de critérios racionais, estabelecidos com base nos fundamentos até aqui formulados.

3.5.1 A resistência dogmática à aplicação de uma teoria elaborada para o Direito Privado ao Direito Administrativo

Como já foi visto ao longo desta tese, especialmente quando foi analisada a perspectiva contemporânea de dano como fato jurídico relevante, tradicionalmente, a construção do Direito como saber científico fragmentou os seus diversos campos de saber, seguindo alguns critérios, como aqueles próprios do Direito Público ou do Direito Privado.

Nessa divisão, o Direito estaria fragmentado em duas esferas que pouco, ou quase nada, se comunicavam entre si. A lógica do Direito Público não era aplicada às construções típicas do Direito Privado, e vice-versa, sob o argumento principal de que, se os campos próprios do Direito Público são aqueles em que há a participação do Estado, a busca pela concretização do interesse público e, portanto, a incidência da marca da indisponibilidade, nos setores afetos ao Direito Privado prevaleceria, ressalvadas as questões existenciais do indivíduo, a livre disposição de direitos.

Neste sentido, o primeiro obstáculo, de cunho dogmático, está relacionado à impossibilidade de que uma teoria elaborada para incidir em uma relação de Direito Privado – como são, em tese, as relações de consumo – seja ampliada para atingir o Direito Administrativo, isso porque os efeitos da atividade administrativa em sentido estrito em relação aos particulares são, sem qualquer sombra de dúvida, um fato que importa àquele campo do saber que, por excelência, representa o Direito Público.

Ao contrário do que pode parecer à primeira mirada, haja vista que, como também já foi referido neste capítulo, é reconhecida a aplicação da teoria do desvio produtivo aos prejuízos decorrentes da prestação dos serviços públicos pelo Estado ou pelos agentes privados que o fazem em seu nome, uma resposta para esse afastamento da incidência da teoria demanda uma cuidadosa construção.

A aplicação em relação aos serviços públicos, especialmente após o advento da Lei n. 13.460/2017, justifica-se de forma nada traumática a partir do momento em que o legislador, de forma explícita, no art. 1º, parágrafo 2º, II, afastou o debate quanto à

aplicação da Lei n. 8.078/1990 no que tange aos serviços públicos. A partir do momento em que o legislador, no exercício da sua liberdade de conformação do ordenamento jurídico, fez a opção de que o microssistema de proteção do consumidor também atinja os destinatários dos serviços públicos, torna-se estéril a discussão quanto à incidência da teoria.

A questão é que as atividades administrativas em sentido estrito, como já foi conceituado, não se confundem com os serviços públicos e remontam a todas aquelas atividades que se desenvolvem nos limites do órgão ou entidade que as realiza, com o único intuito de viabilizar que a atividade-fim do Estado possa ser levada a cabo. Se o objeto da Lei n. 13.460/2017 é claramente definido, o seu art. 1º, parágrafo 2º, II, não oferece uma resposta definitiva à objeção inicial, mas, é bem verdade, uma relevante sinalização quanto ao resultado que se pode esperar da avaliação da hipótese.

Em relação às atividades administrativas em sentido estrito, não há nenhum dispositivo legal que acene para a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor e, portanto, remanesce a questão que envolve a *summa divisio*.

A questão é que, retomando mais uma vez o que já foi trabalhado ao longo do item 2.1.4, a divisão dos ramos do saber jurídico, tal como propunha Ulpiano, antes mesmo de sofrer as críticas que experimenta nos dias atuais, já passou por sensíveis alterações. Uma delas é a constatação de que determinados campos do conhecimento jurídico não podem ser alocados em qualquer das categorias tradicionais, ante as suas características próprias, como se dá, por exemplo, com o Direito do Consumidor.

O Direito do Consumidor tem como objeto uma relação jurídica de direito material que se ajusta, em regra, ao âmbito privado. Em que pese a sua aplicabilidade aos serviços públicos, ele busca regulamentar as diversas operações nas quais uma pessoa entrega a outra um produto ou um serviço que, de alguma maneira, se revela útil para esta.

A relação consumerista é contratual, nos moldes do Direito Civil, mas dele se diferencia pela presença de um traço sensível: a vulnerabilidade de uma das partes, que enseja, presumidamente, um desequilíbrio a desafiar a intervenção do Estado, para que os seus efeitos perniciosos sejam, ao menos, mitigados. O art. 4º, I, da Lei n. 8.078/1990 é expresso ao reconhecer que, diferentemente do que se dá nas relações de Direito Civil e de Direito Empresarial, as partes que se relacionam em torno de um objeto não se encontram em posição de equiparação, mas separadas por um abismo que obriga o poder público a

interferir de forma mais incisiva para proteger o mais frágil, assim considerado sob os aspectos técnicos, econômicos ou jurídicos.

Em interessante artigo no qual explica os motivos pelos quais o Código de Defesa do Consumidor representa um marco civilizatório na sociedade contemporânea, Miragem (2022, p. 252) ressalta que a vulnerabilidade informacional do consumidor diante do prestador de serviços ou do fornecedor de um produto implica uma redução da expressão da sua vontade autônoma, na medida em que ele pode celebrar um negócio acreditando adquirir um objeto com determinada quantidade ou qualidade quando, na verdade, a situação que se revela é absolutamente distinta.

Firmando semelhante posicionamento, Silva e Santos (2012, p. 263) destacam que a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor é a de conferir à vontade dos envolvidos na relação jurídica uma espécie de roupagem constitucional, no sentido de que as vulnerabilidades sejam consideradas como limitadoras do exercício da autonomia, consubstanciando-se, dessa maneira, como um dos vieses interpretativos das normas e, sobretudo, das cláusulas contratuais.

Autonomia da vontade, segundo Prata (1982, p. 11), é um poder que a ordem jurídica reconhece à pessoa, prévia e necessariamente considerado como sujeito jurídico, para juridicizar as suas atividades, realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos. É a possibilidade de estabelecer relações jurídicas em torno de um objeto lícito e, de acordo com o que seja melhor para os seus interesses, observados os parâmetros de interdição previamente estabelecidos pelo ordenamento positivado, estabelecer os efeitos que serão produzidos a partir dele.

Martins (2023, p. 70), ao abordar a autonomia da vontade em sua relação com a liberdade individual, destaca que as relações de consumo desafiaram os privatistas a adequar a sua teoria dos negócios jurídicos, de tal maneira que não se pode considerar que, nelas, a exteriorização da vontade ocorra da mesma forma que se verifica nas relações civis ordinárias. Isso porque elas surgem a partir de uma oferta direcionada, irrestritamente, a todos aqueles que dela tomam conhecimento e, a partir do momento em que nasce o interesse em contratar, cabe ao consumidor, tão-somente, aquiescer às condições que lhe são apresentadas.

Há, segundo a visão de Martins (2023, p. 67), uma distinção entre assentimento e consentimento, apesar de, em geral, as expressões serem referidas juridicamente como sinônimas. Enquanto o primeiro traz consigo um significado passivo, no sentido de “juntar

seu assentimento ao de outrem”, o segundo não se limita a isso, mas representa, de forma proativa, a postura daquele que efetivamente está de acordo. No Direito do Consumidor haveria, nesse sentido, tão-somente o assentimento, o que, sem dúvida, exterioriza uma situação em que a autonomia é restringida pela conduta do parceiro negocial, que condiciona a contratação à aquiescência em relação a todos os termos daquilo que pretende impor.

Assim, se a autonomia da vontade reflete a possibilidade de que as partes que celebram um negócio jurídico estabeleçam, com liberdade, as condições da operação, o que se dá por meio das cláusulas contratuais, é possível enumerar diversos dispositivos da Lei n. 8.078/90 que, objetivando resguardar o consumidor, estabelecem limitações relevantes: a) O art. 46 estabelece que os consumidores não assumem quaisquer obrigações decorrentes de cláusula contratual cuja redação seja considerada impeditiva à compreensão dos seus efeitos; b) O art. 47 estabelece uma hermenêutica não neutra das cláusulas inseridas em um contrato, de tal maneira que a sua interpretação deverá ser realizada no sentido mais favorável à proteção dos interesses do consumidor; e c) O art. 51 estabelece a nulidade das cláusulas que se ajustem ao conceito de abusividade, como aquelas que implicam renúncia antecipada de direitos pelo consumidor, imponham o emprego da arbitragem ou subvertam a dinâmica probatória em eventual demanda, de forma a prejudicá-lo.

Assim, pode-se dizer que, no Direito do Consumidor, *locus* no qual foi construída a teoria do desvio produtivo, não há uma lógica integralmente reconduzível ao Direito Privado clássico. Se fosse necessário posicioná-lo na tradicional *summa divisio*, seria mais adequado compreendê-lo como um *tertium genus*, isto é, um microsistema que, embora esteja dirigido a uma relação estabelecida entre particulares, exige tratamento distinto justamente por estar permeado por vulnerabilidades que reclamam intensa intervenção normativa e proteção diferenciada.

Ocorre que, se o conceito de vulnerabilidade surge como uma justificativa apta a legitimar a adoção de uma postura de não neutralidade do Estado para equilibrar, ainda que minimamente, as relações de consumo, aos poucos essa situação passou a ser considerada em diversos outros espaços do saber jurídico. Miragem (2020, p. 233), sem perder de vista o protagonismo do Direito do Consumidor neste ponto, lembra que o conceito de proteção a um vulnerável na relação jurídica, a partir do abandono da posição de neutralidade da legislação, inicia-se com as normas trabalhistas, mas que, com o intenso movimento de constitucionalização do direito, a partir das transformações do direito constitucional que

“com a consagração dos direitos fundamentais, permitiu que se admitisse a proteção especial, diferenciada, a grupos de pessoas em vista de qualidade ou situação específica que legitime essa distinção”.

Não apenas na relação de trabalho ou nas relações de consumo se revela um desequilíbrio e, por consequência, é impositiva a intervenção do Estado para proporcionar uma equalização. Sempre que há uma interação – ainda que mediata – entre o poder público e o particular, há um desequilíbrio que, hipoteticamente, pode ser considerado como ainda mais profundo e que demanda uma série de camadas de controle para tanto.

O Estado – em sentido amplo – detém, em relação aos particulares, uma posição de preponderância sobre a sua vontade, isso porque, sob o argumento de que a atuação dos agentes públicos está pautada pela defesa dos interesses da coletividade, são-lhe conferidas diversas prerrogativas que, por essência, deixam o particular em autêntica submissão material. Dessa maneira, se porventura a Administração Pública praticar um ato lesivo ao particular, resta-lhe apenas recorrer ao sistema de justiça para preservar a sua posição jurídica legítima.

Tanto é verdadeiro esse desequilíbrio na relação entre a Administração Pública e o particular que, como também já foi mencionado, o art. 175, parágrafo único, II, da Constituição Federal da República de 1988 exigiu do legislador ordinário a elaboração de uma lei que regulamentasse os direitos dos usuários dos serviços públicos.

Não apenas no liame que surge em razão da prestação de um serviço público haverá essa posição de fragilidade do particular em relação à Administração Pública, mas, com a mesma intensidade, também nas atividades administrativas em sentido estrito. Qualquer atuação do Estado que atinja, direta ou indiretamente, o agente privado implica uma situação de desequilíbrio que deve ser balanceada nos mesmos moldes do que se dá na experiência do consumo ou no ambiente laboral.

Esse desequilíbrio é ainda mais destacado nos Estados do Sul Global que, em virtude do processo de colonização e dos fortes traços autoritários que submetem o particular quase a um modelo organicista de pensamento, normalizam a verticalização de todas as relações que envolvem o poder público e os particulares. É indispensável, nesse cenário, compreender a necessidade da adoção de paradigmas jurídicos aptos a enfrentar esse quadro histórico.

A condição de cidadão no Sul Global torna os particulares ainda mais suscetíveis a violações de direitos pelo poder público, o que não deve ser tolerado, ao menos em um Estado Democrático de Direito.

Assim, objetar a aplicação da teoria do desvio produtivo tão somente com base em um pensamento dogmático que não reflete a realidade das relações jurídicas que se estabelecem e que ultrapassam o binômio público ou privado faz com que tal conclusão parta de uma premissa equivocada.

Por fim, a sistematização do Direito para a compreensão do seu fenômeno na integralidade não deve ser uma tarefa restrita aos diversos dispositivos legais que compõem o ordenamento jurídico positivado, mas deve igualmente abranger os institutos que pretendem dar concretude às normas e que, ao serem aplicados aos casos concretos, incrementam a sensação de segurança e justiça como elementos indispensáveis para a preservação da tessitura social.

3.5.2 A objeção da legalidade estrita e da atuação vinculada

Como já se viu, o direito à boa administração, que pressupõe a possibilidade de que os atos da Administração Pública geral sejam submetidos ao escrutínio de acordo com a vontade daquele que tenha um interesse jurídico em submetê-lo a análise, principalmente, de legalidade e de proporcionalidade, impõe que muitas das atividades administrativas sejam desenvolvidas a partir da instauração de processos administrativos que permanecem nos limites do órgão ou da entidade administrativa que devem desempenhar uma competência específica pré-determinada.

A complexidade dos papéis do Estado em relação aos particulares exige, de forma comum, que atividades instrumentais sejam desenvolvidas no âmbito administrativo com o único intuito de permitir a consecução da finalidade última do poder público, qual seja, viabilizar que a Administração Pública atue para a satisfação dos interesses da coletividade.

Neste cenário, a atividade administrativa em sentido estrito, principalmente os processos administrativos, representam uma necessidade que se impõe à Administração Pública para que ela possa desincumbir-se das suas competências, de tal maneira que os diversos processos que permitem que isso ocorra se justificam com base nos princípios da legalidade e da eficiência, além do direito à boa administração reconhecido aos particulares no Estado Democrático contemporâneo.

O emprego dos processos administrativos como técnica adequada ao desempenho das atividades que estão sob a responsabilidade do Estado não é uma opção dos seus órgãos e entidades, mas, uma necessidade, uma exigência do nosso tempo. Disso decorre que a burocracia é um modo de atuação compatível com a ideia de juridicidade, sendo certo que, na realidade brasileira atual, preocupando-se apenas com os dispositivos constitucionais, é uma decorrência do art. 37, caput da Constituição Federal da República de 1988.

A partir dessa compreensão, ao atuar com base no princípio da juridicidade não há que se falar em fato apto a ensejar a obrigação de indenizar quando dele decorrer algum prejuízo, dentre os quais o desvio produtivo dos recursos titularizados pelo agente privado. É possível, dessa maneira, negar a incidência da teoria ao Direito Administrativo nestas hipóteses.

A barreira imposta à teoria do desvio produtivo nas atividades administrativas em sentido estrito torna-se ainda mais clara quando se trazem à análise as duas hipóteses em que um processo administrativo pode atingir o seu termo sem uma utilidade prática tangível, quais sejam, a revogação e a anulação. Na anulação, mediante provocação ou em atuação de ofício, o órgão ou a entidade administrativa em que tramita o processo reconhece a ocorrência, no procedimento, de um vício de legalidade que, dada a sua gravidade e a impossibilidade de saneamento, impõe a anulação¹¹³, total ou parcial, sob pena de mácula ao ordenamento jurídico decorrente do agir administrativo. Já na revogação¹¹⁴, a Administração Pública revê um ato por ela praticado e, ao constatar uma alteração no cenário de fato, a partir de um juízo de discricionariedade que lhe é restrito, o modifica – inclusive, se for o caso, extinguindo-o – por não mais se mostrar conveniente ou oportuna a sua permanência.

A questão é que a obrigação da Administração Pública de indenizar o particular não se baseia apenas nas hipóteses em que a atuação de seus agentes é caracterizada pela violação ao Direito, mas, em casos excepcionais, pode se justificar mesmo diante de uma

¹¹³ A Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal, em sua primeira parte, dispõe que “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos” e, nesse sentido, pode transmitir a impressão de que se trata de uma faculdade do agente público no caso concreto. Contudo, a leitura que melhor traduz o comprometimento do agir administrativo com o valor da juridicidade conduz à compreensão de que a anulação se impõe como uma consequência obrigatória – um autêntico ato vinculado – naqueles casos em que o vício é constatado, sendo desnecessária a prévia provocação do particular interessado.

¹¹⁴ A revogação também é tratada pela Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, todavia, em sua parte final, quando “por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

postura abertamente conforme ao ordenamento jurídico. Essa situação é muito bem traduzida por Faldini (2009, p. 91):

Já se mencionou anteriormente que não é só a atividade ilícita do Poder Público que enseja seu dever de recompor o patrimônio do particular pelos danos causados. Ventilou-se que a atuação lícita do Estado pode atingir, de forma negativa, o patrimônio de um particular ou de um grupo deles.

Ou seja, a despeito da realização de uma finalidade pública, que vai ao encontro dos interesses da sociedade, advém uma consequência negativa da atuação lícita, consubstanciada na verificação de danos no patrimônio de um grupo específico de particulares, embora eles também se beneficiem do serviço realizado.

O fundamento jurídico para a imposição dessa obrigação de indenizar repousa, por um lado, no princípio constitucional da igualdade em seu viés material, com sede no art. 5º, caput, da Constituição Federal da República de 1988 e, por outro, no princípio setorial da Administração Pública que estabelece, desta vez no art. 37, caput, da Constituição Federal da República de 1988, que a atuação dos órgãos e entidades públicas seja pautada pela ideia de isonomia entre os particulares. Em síntese, a sua base é a repartição igualitária dos ônus da atividade administrativa.

Ao atuar, o Estado age voltado à satisfação dos interesses da coletividade, segundo as políticas públicas que foram eleitas democraticamente na escolha do governo de ocasião e que concretizarão o projeto constitucional previamente estabelecido e vinculativo em relação aos seus objetivos.

Como a coletividade extrai da atuação dos órgãos e entidades administrativas os benefícios das políticas públicas, seria uma situação divorciada de qualquer sentido de equidade que uma pessoa ou um pequeno grupo fosse sobrecarregado com os encargos decorrentes dessas atividades. Se a coletividade se beneficia das atividades administrativas, é intuitivo que ela também deva suportar os danos que são provocados pela satisfação de suas necessidades. Pinto (2016, p. 94-96), ao questionar a insuficiência da abordagem clássica da responsabilidade civil do Estado, ressalta que é necessário cristalizar uma nova compreensão sobre o tema, para que não se opere uma violação ao princípio da dignidade da pessoa, impondo-se a obrigação de indenizar mesmo naqueles casos em que a Administração Pública atue com base em dispositivo legal expresso que a autorize a fazê-lo.

A já citada Fadini (2009, p. 93-99) apresenta uma interessante análise ao estabelecer os requisitos gerais para que a Administração Pública possa ser onerada com o dever de reparar o patrimônio do particular mesmo quando a sua atuação estiver em conformidade com o ordenamento jurídico. Primeiro, exige-se que se trate de uma conduta positiva do poder público, de tal maneira que, ainda que surja um dano relevante para uma

pessoa ou para um grupo limitado em razão de uma omissão, não será possível impor o dever reparatório, sob pena de “dizer que o Estado sofreria repercussão patrimonial para todas as suas inações, sempre que elas gerassem prejuízo”. Segundo, é necessário que os danos sejam decorrentes de uma atividade legítima do Estado, lastreada pela ordem jurídica e tendente à realização de um interesse da coletividade. Terceiro, impõe-se, naturalmente, a existência de nexo de causalidade entre a conduta lícita do ente público e o prejuízo causado às vítimas identificadas. Quarto, requer-se que o prejuízo sofrido pela vítima não seja uma decorrência imediata da aplicação da norma que autoriza a atuação estatal, como se dá, por exemplo, nos casos de desapropriação, hipótese que não traduz responsabilidade civil, mas sacrifício de direitos¹¹⁵. Quinto, por fim, é necessário que o prejuízo imposto ao particular seja manifestamente desproporcional em relação àquele experimentado pelos demais membros da coletividade que irão, da mesma forma que ele, beneficiar-se da atividade administrativa.

Quando a Administração Pública atua, ainda que com base no princípio da juridicidade, e anula ou revoga um processo administrativo, fazendo com que aquele particular que possui interesse direto no seu desfecho e que, portanto, mobilizou os seus recursos produtivos para que a decisão futura fosse proferida pela autoridade competente de forma benéfica a si, acaba por provocar uma dispersão em relação a outros eventos que, caso a eles estivesse direcionado, poderia culminar em algum resultado prático.

É inegável a licitude do agir administrativo quando, no curso de um processo, a autoridade o anula ou o revoga, a depender do motivo apresentado para tanto; contudo, também não há argumento racional que permita afirmar que a mobilização dos recursos escassos do agente privado voltados a um processo que não possui qualquer capacidade de produzir um resultado útil para si não tenha causado um dano potencial passível de compensação.

¹¹⁵ Em uma tese que busca estudar a imposição do dever de indenizar em razão de um agir lícito, mas prejudicial a uma pessoa ou a um grupo restrito, é importante traçar uma distinção clara entre a responsabilidade civil do Estado e o sacrifício de direitos, uma vez que, em ambas as hipóteses, o particular sofre uma redução patrimonial decorrente de uma atuação estatal. É clássica a distinção encontrada em Alessi (1955, p. 115-139), segundo a qual, enquanto a responsabilidade civil do Estado se origina de um fato administrativo que viola o direito de um terceiro a partir de uma postura contrária ao ordenamento jurídico, o sacrifício de direitos decorre de uma expressa previsão normativa que autoriza a Administração Pública, com vistas a atender a um interesse da coletividade, a restringir ou suprimir direitos patrimoniais de terceiros, após o devido processo legal e a prévia indenização. Diversos são os exemplos que poderiam ser mencionados no que tange à atuação do poder público com sacrifício de direitos de terceiros, como é o caso da desapropriação – Decreto-Lei n. 3.365/1941 –, do tombamento – Decreto-Lei n. 25/1937 –, das limitações administrativas, da ocupação temporária, da requisição e da servidão administrativa.

Da mesma maneira que a Administração Pública pode ser responsabilizada por um agir lícito que gera um prejuízo desproporcional a um particular ou a um grupo determinado, em razão do princípio constitucional da igualdade, é evidente que, naquela situação em que ela leva o agente privado a acreditar que, ao final de um processo, poderá ser construída uma decisão que resulte em benefícios legítimos para si, impõe-se a sua responsabilização pelo desvio dos recursos produtivos que poderiam estar direcionados a uma prática interessante para os seus projetos pessoais.

A expectativa é juridicamente relevante não porque assegura um resultado favorável, mas porque o próprio Estado cria, por meio do processo administrativo, um ambiente normativo que induz o particular a mobilizar recursos escassos de maneira racional e conforme ao Direito, tornando ilegítimo transferir integralmente a ele os custos de uma atuação estatal que não produz qualquer utilidade prática.

A barreira do agir administrativo lastreado na legalidade como impeditivo para a incidência da teoria do desvio produtivo nas atividades administrativas em sentido estrito, a partir do momento em que se admite que comportamentos lícitos podem fazer eclodir o dever de indenizar, revela-se de todo descabida.

3.5.3 As dificuldades para identificar os elementos que configuram a responsabilidade civil

Uma das preocupações no que tange à imposição ao Estado do dever de indenizar o particular que tem os seus recursos produtivos indevidamente desviados por uma conduta imputável, exclusivamente, ao poder público diz respeito à possibilidade de demonstração do dano que deve ser reparado, inclusive no que diz respeito à sua extensão.

Ao longo do item 2.3.1, teve-se a oportunidade de debater as alterações pelas quais o estudo da responsabilidade civil passou nas últimas décadas, com a emergência da dignidade da pessoa como vetor axiológico do ordenamento jurídico, a reafirmação de que o dano extrapatrimonial deve ser plenamente compensado e a proliferação dos direitos transindividuais, cuja lesão é de difícil demonstração no caso concreto. Seguindo o escólio de Schreiber (2013, p. 11), a responsabilidade civil passa pela “erosão dos filtros tradicionais de reparação”.

Mulholland (2009, p. 24-30) traz uma elaboração interessante no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro tem, implicitamente, consagrado uma cláusula geral de dano injusto, segundo a qual se abandona a ideia originária de que a responsabilidade civil é provocada exclusivamente por um ato ilícito para admiti-la sempre que ocorrer um

prejuízo injusto, nas hipóteses em que se recomenda não deixar a vítima à míngua de reparação. A partir dessa cláusula geral, haveria uma abertura do sistema jurídico brasileiro a danos que, inclusive, poderiam ainda não ser conhecidos no atual estágio científico da humanidade.

Diferentemente do que se dá nos casos em que o prejuízo extrapatrimonial está fundado na lesão a um direito da personalidade da pessoa, ou de um dano patrimonial plenamente mensurável e tangível, a teoria do desvio produtivo faz surgir a necessidade de recomposição da vítima a partir daquilo que Dessaune (2022, p. 141) denomina de dano existencial.

O dano existencial caracteriza-se por consubstanciar o prejuízo que a pessoa experimenta quando, em razão da conduta de um terceiro, tem a sua atividade existencial modificada ou suprimida, com a restrição de sua liberdade de ação, ao provocar a necessidade de uma reconfiguração do seu planejamento cotidiano ou de seus projetos de vida.

O desvio dos recursos produtivos da pessoa traz, como dano dele decorrente, a impossibilidade de que a vítima invista os seus recursos como melhor lhe aprouver em alguma atividade que, em consonância com os seus projetos pessoais, seja potencialmente capaz de ensejar algum benefício legítimo para si. A pessoa é impedida de investir os seus esforços em uma atividade apta a atender aos seus propósitos por ter sido desviada por um ato de terceiro.

Em outras palavras, a responsabilidade civil do Estado perante o particular justifica-se pelo fato de que este não pôde empregar, de forma útil, os seus recursos em uma atividade que poderia ensejar resultados favoráveis para o seu projeto existencial, uma vez que, em razão de uma postura da Administração Pública, foi racionalmente induzido a investir os seus esforços em algo que se revelou, por fato que não lhe pode ser imputado, desprovido de qualquer utilidade prática.

O dever reparatório não se justifica pela frustração da possibilidade de que um evento futuro fosse benéfico para a vítima, o que caracterizaria a perda de uma chance, mas, em verdade, pela injustiça – adotando-se a nomenclatura própria dos tempos atuais – de fomentar o desperdício de esforço e a mobilização de recursos produtivos do agente privado para uma operação que em nada resultará em razão de uma conduta imputável ao Estado. Também não se discute a privação de um ganho potencial pelo agente privado prejudicado pela Administração Pública, o que ensejaria lucros cessantes, mas, repita-se, a

mobilização inócua de esforços voltados a uma operação desprovida de qualquer capacidade de redundar em vantagens legítimas para si.

O reconhecimento desse prejuízo permite, ainda, afastar um dos principais entraves à aplicação da teoria do desvio produtivo, frequentemente invocado sob o argumento de que, por se tratar a atividade administrativa em sentido estrito de uma operação circunscrita aos limites do órgão ou da entidade em que o processo se desenvolve, seria impossível estabelecer um nexo de causalidade suficiente a justificar a obrigação da Fazenda Pública de indenizar o agente privado. Essa objeção costuma ser reforçada nos casos em que a processualidade administrativa se desenvolve sem a participação direta do particular nos atos praticados, permanecendo este, apenas, como um espectador atento, pronto a adotar providências sempre que entenda necessário para resguardar o seu interesse jurídico.

Com efeito, a partir do momento em que a Administração Pública instaura um processo, ainda que restrito ao âmbito de seu órgão ou entidade administrativa, que tenha o condão de gerar reflexos na esfera de interesses legítimos de um particular, é esperado que este atue na construção da decisão final e, com isso, tenha de empregar recursos valiosos para aumentar as chances de êxito em sua pretensão.

Se o que se pretende proteger é o direito do agente privado de escolher, a partir de um juízo prospectivo racional que considere a possibilidade de obtenção de um resultado útil para os seus projetos existenciais, onde alocar os seus recursos produtivos escassos, a partir do momento em que a Administração Pública o induz a investir em um processo que, ao final, em nada resulta no mundo dos fatos, estabelece-se uma clara relação de causa e consequência apta a ensejar a responsabilização civil do Estado ao dever de ressarcimento.

Nunca é demais recordar, como aliás acentua Matias-Pereira (2025, p. 288), que a função do Estado contemporâneo, além da promoção dos direitos fundamentais, é a de atuar de tal maneira que permita “ampliar de forma sistemática as oportunidades individuais, institucionais e regionais”. Diante disso, cabe à Administração Pública atuar, em relação aos agentes privados que com ela interagem, pautada pela lealdade, o que inclui, naturalmente, o respeito aos interesses legítimos que os seus próprios atos promovem. É por esse motivo que a atuação disfuncional em uma atividade administrativa em sentido estrito pode ensejar a obrigação do Estado de reparar o dano injusto que produz no agente privado que, acreditando na probidade pública, investe os seus recursos produtivos em determinada operação.

3.6 CONDIÇÕES PARA A INCIDÊNCIA DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO ÀS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS EM SENTIDO ESTRITO

Uma vez superados os possíveis obstáculos à incidência da teoria do desvio produtivo nas atividades administrativas em sentido estrito, torna-se possível identificar as condições que devem estar presentes no caso concreto para que possa surgir, eventualmente, a obrigação reparatória do Estado em relação ao particular atingido.

É essencial, para que a discussão travada nesta pesquisa tenha o seu viés prático demonstrado, que, da mesma maneira como no tópico 2.4 foram apresentados os requisitos para a aplicação da teoria às relações de Direito do Consumidor, sejam estabelecidos, com as devidas adaptações, aqueles que podem ensejar a responsabilidade civil da Administração Pública pelo desvio produtivo.

3.6.1 Elemento comum ao Direito Consumidor e ao Direito Administrativo: a existência de uma condição de vulnerabilidade na base da relação jurídica

A teoria do desvio produtivo, tal como originalmente elaborada, leva em consideração que a relação de direito material em que se debate a existência do dano tem, em sua base, uma situação de vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor do produto ou do prestador do serviço objeto da negociação. Em razão dessa condição, nos casos em que o bem ou o serviço contratado apresenta algum vício ou defeito, cabe àquele que o introduziu no mercado de consumo adotar as providências necessárias para que o adquirente o receba nas condições prometidas ou legitimamente esperadas. Em suma, para que se possa falar em desvio produtivo, é necessário que exista uma assimetria entre os sujeitos envolvidos na relação de direito material, pois é justamente essa posição de sujeição que permite a transferência indevida, ao consumidor, do ônus de solucionar um problema que não foi por ele criado.

É inegável que a conjugação de uma ordem jurídica riquíssima em valores democráticos, tal como aquela inaugurada pela Constituição Federal da República de 1988, com a progressiva conscientização dos atores sociais acerca da indispensabilidade desses axiomas para a realização dos direitos fundamentais e com a estruturação de um modelo institucional dotado de força para atuar em prol da implementação do projeto constitucional, como se verifica no caso da Defensoria Pública e do Ministério Público,

tem contribuído para que, aos poucos, perca força a visão de um Estado que se relaciona com os particulares a partir de uma perspectiva verticalizada.

Atualmente, é possível dizer que as inovações legislativas e os estudos doutrinários têm acenado, em um ordenamento fundado no valor da dignidade da pessoa humana, para a necessidade de que a Administração Pública atue, sempre que possível, lastreada no consenso daqueles que serão atingidos por suas providências.

Por outro lado, não se pode negar que a relação entre a Administração Pública e os particulares conserva, em seu âmago, um desequilíbrio estrutural, de tal maneira que, quando o sacrifício de uma posição individual se revelar indispensável à satisfação de um interesse público, e desde que sejam observadas as garantias contra medidas arbitrárias, a vontade do Estado poderá se impor, valendo-se de mecanismos jurídicos aptos a superar a resistência do agente privado.

Por mais que o ordenamento jurídico brasileiro pretenda assegurar que a Administração Pública atue de forma consensual em relação àqueles que serão atingidos por seus atos, isso não impede que, em determinadas circunstâncias, ela se valha de sua força estatal para impor a sua vontade ao particular, quando tal providência se revelar indispensável à satisfação do interesse público, que, como se sabe, é indisponível pelos agentes públicos.

Se o poder público deve agir, para reafirmar a sua legitimidade democrática, com base no consenso, mas, quando isso não for possível, dispõe de mecanismos jurídicos aptos a impor a sua pretensão em relação aos particulares, é evidente que se está diante de uma relação marcada pelo desequilíbrio.

Um dado que não pode ser ignorado, neste momento, é o reconhecimento de que, nos dias de hoje, há empresas transnacionais cujo valor de mercado supera, muitas vezes, o Produto Interno Bruto de diversos países. Um exemplo bastante expressivo é o das *big techs*, que, além desse poder econômico, ainda assumem perigoso protagonismo no domínio de informações sensíveis. Mesmo nesses casos, contudo, não se pode deixar de considerar que, levada a soberania territorial ao extremo, nada impede que essas empresas sejam impedidas, total ou parcialmente, de atuar em determinado Estado, como ocorre na China, que bloqueia os aplicativos *Facebook*, *Instagram* e *WhatsApp*, e na Coreia do Norte,

em que o acesso ordinário à internet é praticamente inviabilizado dentro de seus limites territoriais¹¹⁶.

A vulnerabilidade aqui referida, contudo, não deve ser confundida, necessariamente, com aquela vulnerabilidade econômica, técnica ou informacional que serve de base ao microssistema consumerista. Nas atividades administrativas em sentido estrito, a assimetria que interessa à presente pesquisa possui natureza predominantemente jurídico-institucional. Ela decorre da posição ocupada pela Administração Pública na conformação, condução, alteração e encerramento dos procedimentos administrativos, isto é, da circunstância de que o poder público define os marcos normativos e procedimentais da relação, controla o seu desenvolvimento, interpreta as condições de seu prosseguimento e, ao final, decide se a atividade alcançará ou não o seu desfecho ordinariamente esperado. O particular, ainda que economicamente robusto, tecnicamente qualificado ou assessorado por profissionais especializados, permanece em posição de dependência institucional diante dos sinais emitidos pela Administração Pública, pois é a partir deles que organiza racionalmente sua agenda, mobiliza recursos produtivos e projeta a utilidade esperada de sua participação.

Por essa razão, não há contradição em reconhecer a vulnerabilidade de uma grande empresa em determinado procedimento administrativo, ainda que ela não seja vulnerável sob o aspecto econômico. A vulnerabilidade relevante para a incidência da teoria do desvio produtivo, neste ponto, não se mede pelo porte patrimonial do agente privado, mas pela sua posição jurídica diante de uma estrutura decisória que não controla. O que se examina é a assimetria entre quem detém o poder de instaurar, conduzir, modificar e encerrar o procedimento e quem, confiando na regularidade desse percurso, apenas ajusta sua conduta aos parâmetros previamente estabelecidos pelo poder público. Assim, a vulnerabilidade jurídico-institucional não transforma todo particular em sujeito hipossuficiente, mas evidencia que, no interior da relação administrativa procedimental, há uma desigualdade

¹¹⁶ No periódico inglês *The Guardian* (2024), foi veiculada notícia de que o governo da República Popular da China emitiu ordem à *Apple* para que removesse de sua loja virtual os aplicativos *WhatsApp* e *Threads*, sob a alegação de que eles despertariam preocupações relacionadas à segurança nacional. Em sentido semelhante, a *Reuters* (2024) noticiou que, na República Islâmica do Irã, o *WhatsApp* e o *Google Play* somente puderam voltar a atuar após o afastamento do bloqueio estatal que vigorava até dezembro de 2024. Esses exemplos revelam que tanto a China, segunda maior economia do mundo, quanto o Irã, cujo Produto Interno Bruto nominal em 2024 era mais de três vezes inferior ao valor de mercado da Meta em maio de 2026, adotaram medidas capazes de restringir a atuação de plataformas vinculadas a grandes empresas transnacionais de tecnologia. Isso demonstra que, em determinados contextos, o poder estatal ainda dispõe de instrumentos aptos a se impor ao poder financeiro privado.

funcional suficiente para justificar a incidência de mecanismos de proteção contra a transferência indevida dos custos da disfuncionalidade estatal.

Nem mesmo os agentes econômicos privados que, nos dias de hoje, assumem maior relevância em termos de valor de mercado ficam à margem de uma atuação restritiva do Estado, sobretudo naqueles casos em que a questão se revela efetivamente relevante para determinado projeto governamental.

Não se pode ignorar, todavia, que a regra será a existência de um déficit informacional capaz de colocar o particular em situação de vulnerabilidade em relação à Administração Pública. Mesmo diante do surgimento de um conjunto de normas que buscam municiar os particulares de instrumentos aptos à obtenção de informações relevantes para o trato com o poder público, como ocorre com a Lei n. 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação, e com o Decreto n. 7.724/2012, que regulamenta algumas de suas disposições no âmbito federal, também merecem destaque a Lei Complementar n. 101/2000 e a Lei Complementar n. 131/2009, especialmente no que se refere à transparência em matéria fiscal.

De qualquer forma, a dificuldade inerente à compreensão dessas informações impede, muitas vezes, que os agentes privados possam considerá-las no momento de estabelecer a sua agenda pessoal e, a partir de uma avaliação pragmática, decidir sobre a conveniência de participar de determinado procedimento administrativo.

Em todas as relações que conectam o particular à Administração Pública está presente uma situação de desequilíbrio de base, na medida em que o exercício da autoridade confere ao Estado determinadas prerrogativas que lhe permitem impor a sua vontade. A isso se soma, como regra, o reconhecimento de um déficit informacional com potencialidade para comprometer a racionalidade decisória do agente privado, especialmente quando este estrutura o seu planejamento a partir de um estímulo produzido pelo próprio poder público para participar de procedimento administrativo que exige o sacrifício de seus recursos produtivos.

3.6.2 A conduta danosa: o desfecho anômalo dos procedimentos administrativos-meio para as atividades finalísticas

Quando se fala em desvio produtivo nas relações de consumo, a conduta considerada danosa é composta por dois elementos. Em um primeiro momento, é necessário que o produto ou o serviço negociado apresente vício ou defeito capaz de afetar

a sua qualidade em relação àquilo que era legitimamente esperado pelo consumidor. Em um segundo momento, é preciso que o fornecedor do produto ou o prestador do serviço, após ser alertado pelo consumidor acerca da situação prejudicial, submeta-o à necessidade de mobilizar os seus próprios esforços para viabilizar a solução do problema, ou, ainda, apresente uma resposta inadequada ou intempestiva.

Transpondo esse elemento da configuração da responsabilidade civil para o objeto da presente pesquisa, é possível dizer que se mostra indispensável o início de um procedimento administrativo no âmbito de um órgão ou entidade da Administração Pública. Esse procedimento, voltado à criação de um vínculo especial com o particular, tem por finalidade atender a uma necessidade administrativa relacionada ao desempenho das atividades finalísticas do Estado.

O procedimento, compreendido em si mesmo, não representa a entrega imediata de qualquer prestação ao particular, mas, tão somente, um instrumento para que o Estado, por meio de seus órgãos e entidades, possa realizá-la segundo as competências estabelecidas em lei em sentido amplo, inclusive na própria Constituição Federal da República de 1988. Contudo, diante dos efeitos que dele podem decorrer, o seu desenvolvimento faz surgir no particular um incentivo para dele participar, na medida em que pode representar uma posição de vantagem para a concretização de determinado projeto existencial próprio.

Embora seja possível ao particular vislumbrar uma relação entre os efeitos que advirão do procedimento administrativo e os seus projetos pessoais legítimos, a sua complexidade exige, em caráter antecipado, o investimento de recursos produtivos para a efetiva participação, com vistas à obtenção da condição de vantagem almejada. Trata-se, portanto, de condição indispensável à participação do agente privado: a mobilização antecipada de seus recursos produtivos, o que o leva, inevitavelmente, a deixar de realizar outras atividades que também poderiam ser relevantes para a sua existência.

A prospecção quanto à possibilidade de obtenção da vantagem decorrente do êxito no procedimento leva o particular a concentrar os seus esforços nessa direção, razão pela qual terá de abrir mão de outras atividades igualmente importantes para a sua condição existencial, como o lazer, o descanso, a companhia de amigos e familiares e, até mesmo, a participação em outro procedimento semelhante que, em sua análise pessoal, revele-se menos vantajoso.

É necessário que o desfecho ordinário do procedimento administrativo tenha aptidão para gerar, em favor do agente privado que opta por dele participar, uma situação benéfica à realização de seus projetos pessoais. Ao confiar que a gestão do interesse público pelo Estado é tarefa desempenhada com seriedade, surge a expectativa de que, em determinado momento, após a conclusão do conjunto de atividades desenvolvidas em nível interno, será possível auferir a vantagem legitimamente esperada.

O procedimento administrativo, quando se encaminha para a conclusão que ordinariamente dele se espera, tem aptidão para satisfazer um interesse legítimo do particular.

O ponto central deste elemento é que, mesmo diante dessa análise prospectiva do resultado, o procedimento, por conta de um fato que não pode ser imputado ao particular, acaba tendo um desfecho anômalo, deixando de produzir os efeitos que legitimamente dele se esperavam, o que pode decorrer de sua revogação, anulação ou caducidade.

É o caso, por exemplo, do candidato de um concurso público: é legítima a sua confiança de que, na hipótese da sua aprovação em todas as fases do certame e mantendo uma posição suficiente para que esteja inserido no número de vagas disponíveis, que ele seja, ao final, ainda que se imponha uma esfera, que seja nomeado e empossado. Quando lança um edital a Administração Pública estimula o particular a investir seus recursos na preparação para as etapas do concurso confiante que poderá, no futuro, ter assegurado um vínculo forma de trabalho com o Estado. Soa inusitado, por mais precavido que seja o indivíduo, que ele cogite que ao final das etapas de avaliação, ainda que classificado no número de vagas, não seja aproveitado no serviço público.

Naqueles casos em que a atividade administrativa, desenvolvida a partir de um procedimento que estimula a participação dos particulares, não atinge a finalidade ordinariamente esperada no momento de sua instauração, e desde que essa frustração decorra de fato não imputável ao agente privado, torna-se possível identificar o potencial desperdício dos recursos produtivos investidos por aqueles que dele participaram. Isso ocorre, por exemplo, quando se evidencia a ausência superveniente de conveniência e oportunidade, a presença de vício processual impeditivo de sua conclusão ou a incompatibilidade do procedimento com outro ato administrativo posterior.

Assim, quando se aplica a teoria do desvio produtivo às atividades administrativas em sentido estrito, a conduta danosa não se confunde com a mera instauração de um procedimento administrativo no âmbito de órgão ou entidade da Administração Pública,

voltado a instrumentalizar uma operação jurídica essencial ao desempenho das atividades finalísticas do Estado. Ela se configura quando, após estimular a participação do particular e exigir a mobilização antecipada de seus recursos escassos, alguns deles irrecuperáveis in natura, como o tempo, a Administração Pública conduz o procedimento a um desfecho anômalo, por razão que não pode ser imputada ao agente privado, frustrando a sua finalidade ordinariamente esperada e tornando potencialmente inúteis os investimentos por ele realizados.

Opera-se, nesse sentido, um rompimento entre a expectativa legitimamente criada pelo procedimento e a sua conclusão disfuncional, sendo precisamente nesse descompasso que se identifica a conduta danosa apta a integrar a análise da responsabilidade civil do Estado.

3.6.3 O dano: o desperdício dos recursos produtivos do agente privado

Na medida em que a teoria do desvio produtivo está inserida no campo da responsabilidade civil, e considerando que o momento atual é marcado pela centralidade da recomposição da lesão sofrida pela vítima, em detrimento do elemento subjetivo tradicionalmente prestigiado, o dano por ela consubstanciado corresponde à apreensão indevida dos recursos existenciais escassos, impedindo que o indivíduo se dedique a outra atividade compatível com a satisfação dos seus projetos pessoais.

Em sua construção original, o desvio produtivo corresponde ao prejuízo experimentado pelo consumidor que, diante de uma situação criada pelo objeto do negócio que lhe é entregue com algum defeito ou vício, e uma vez cientificado o prestador do serviço ou o fornecedor do produto acerca disso, em vez de receber a pronta solução, é compelido pela parte mais forte da relação a se desviar dos seus projetos pessoais para resolver o problema.

Ao adaptar essa teoria ao objeto da presente pesquisa, é possível afirmar que há dano por desvio produtivo quando a atividade administrativa em sentido estrito, embora tenha estimulado o particular a mobilizar antecipadamente os seus recursos produtivos, não alcança, ao final, a finalidade para a qual foi instaurada no âmbito do órgão ou da entidade administrativa, por força de fato jurídico imputável à própria Administração Pública. Nessa hipótese, o particular, confiando na regularidade e na utilidade esperada da atuação estatal, deixa de empregar tais recursos em outra atividade igualmente compatível com a satisfação dos seus projetos individuais.

A atividade administrativa em sentido estrito provoca dano existencial ao particular quando, depois de tê-lo induzido a investir tempo, energia, organização e outros recursos produtivos escassos em determinado procedimento, a Administração Pública altera repentinamente a direção inicialmente projetada, seja pela revogação, pela anulação ou pela caducidade, esvaziando de significado prático o investimento realizado. O problema, portanto, não está na simples frustração de uma vantagem esperada, mas na inutilização de recursos existenciais que foram mobilizados em razão de uma expectativa legítima criada pelo próprio comportamento administrativo.

Nesse cenário, o particular poderia ter destinado os seus recursos a outra atividade relevante para o seu projeto existencial. Todavia, por confiar na atuação administrativa adequada, acabou por imobilizá-los em uma dinâmica procedimental que, ao final, revelou-se incapaz de satisfazer qualquer necessidade própria ou de produzir qualquer utilidade concreta em seu favor. Se o agente privado soubesse, desde o início, que o desfecho da atividade administrativa seria anômalo, não teria direcionado os seus recursos produtivos àquele específico campo de atuação estatal.

Quando a Administração Pública atua de maneira disfuncional, levando o particular, que mantém confiança legítima no desfecho regular do procedimento administrativo, a dele participar para, ao final, em razão de uma conclusão anômala, não obter qualquer resultado prático compatível com a satisfação dos seus projetos pessoais, é evidente que o agente privado experimenta um dano de natureza existencial, que não pode permanecer à margem de recomposição.

Ao participar de um procedimento que se encerra de maneira absolutamente improdutiva, em virtude de fato jurídico imputável exclusivamente à Administração Pública, o particular que dedicou tempo, esforço, organização e recursos materiais àquele contexto deixou de empregá-los em outra atividade igualmente relevante, que não poderia ser exercida de forma simultânea. O dano, portanto, não se limita à frustração do resultado pretendido, mas alcança a própria inutilização dos recursos produtivos mobilizados em razão da confiança depositada na atuação estatal.

Se a presunção natural é a de que ninguém participa de um procedimento administrativo sem buscar um resultado que, de alguma forma, possa contribuir para a realização de um projeto pessoal, justamente porque essa participação envolve o emprego de tempo, energia e investimentos materiais, torna-se evidente que, ao ser incentivado a fazê-lo sem que exista, ao final, qualquer possibilidade concreta de obtenção de uma

vantagem legitimamente esperada, opera-se a subtração indevida dos seus recursos produtivos.

A situação do candidato aprovado em concurso público evidencia, com especial nitidez, a existência do dano decorrente do exercício disfuncional de uma atividade administrativa em sentido estrito. Ao reservar parcela significativa do seu tempo à preparação para a prova, mediante o estudo de um conteúdo ordinariamente vasto e complexo, o candidato reorganiza a sua própria vida em função daquele projeto: reduz o convívio com familiares e amigos, restringe momentos de descanso, posterga outros planos pessoais e concentra os seus recursos existenciais na expectativa legítima de que, uma vez aprovado dentro do número de vagas, será nomeado e empossado pela Administração Pública. Se, apesar disso, o prazo de validade do certame se encerra sem que a nomeação ocorra, por circunstância imputável exclusivamente ao poder público, torna-se evidente que o seu tempo existencial foi indevidamente subtraído, não porque a aprovação represente, por si só, uma garantia absoluta de felicidade ou de realização pessoal, mas porque a própria Administração o levou a mobilizar recursos escassos em torno de uma finalidade que, ao final, foi frustrada por sua atuação disfuncional.

O dano, como elemento da responsabilidade civil do Estado com base nessa teoria, corresponde, portanto, ao desperdício dos recursos produtivos do particular que, estimulado pela confiança legítima no desfecho regular da atuação estatal, participa de um procedimento voltado a uma finalidade que não se realiza em razão de conduta imputável à própria Administração Pública. O que se recompõe, nesse contexto, não é a mera decepção subjetiva com o resultado não alcançado, mas a perda objetiva da possibilidade de empregar tempo, energia, organização e investimento material em outra atividade compatível com a realização dos seus projetos existenciais.

3.6.4 O nexo de causalidade entre o fato administrativo e o desperdício dos recursos produtivos do particular

Por fim, o último elemento que deverá estar presente no caso concreto para fazer surgir o dever da Administração Pública de compensar o agente privado pela participação em um procedimento administrativo absolutamente vazio de finalidade prática é o nexo de causalidade, consubstanciado na relação de causa e efeito que se estabelece, na hipótese, entre a conduta imputada ao poder público e o desvio dos recursos produtivos imposto ao particular.

Nessa análise, é muito importante que se tenha a suficiente cautela para não conduzir a Administração Pública à injusta posição de garantidora universal contra quaisquer prejuízos sofridos pelos particulares, o que seria tão grave quanto deixar um dano à margem da sua recomposição. A preocupação se justifica pelo fato de que, na mesma medida em que o Estado seja compelido a investir os seus recursos financeiros para recompor o patrimônio ou compensar um dano à personalidade do particular, podem surgir dificuldades quanto à disponibilidade desses mesmos recursos para satisfazer as necessidades da coletividade que, repita-se, são inúmeras.

Por esse motivo, é indispensável que exista uma relação de causalidade direta entre a conduta administrativa que fomenta no particular o interesse em participar de um procedimento voltado a determinada finalidade, levando-o a antecipar o investimento dos seus recursos produtivos na expectativa de obtenção futura de um resultado benéfico, e o desfecho anômalo da atividade desempenhada pelos agentes públicos.

Em outras palavras, é indispensável que o fato determinante da mudança de rumo no desfecho legitimamente esperado da atividade administrativa seja imputável à própria Administração Pública. É a decisão do poder público que leva um procedimento administrativo, cuja conclusão ordinária era legitimamente esperada, a assumir direção diversa, absolutamente incompatível com os interesses dos agentes privados que dele participaram.

Caso essa relação direta não exista, ou se, em momento superveniente, esse liame vier a ser rompido, não será possível impor à Administração Pública a obrigação de reparar eventual prejuízo, ainda que ele possa ser verificado na hipótese.

Vejamos a situação do concurso público que tem sido aqui trabalhada. No desfecho anômalo, consubstanciado na impossibilidade de contratação de novos agentes públicos em razão da necessidade de controle dos gastos com pessoal, por força da Lei de Responsabilidade Fiscal, foi a ausência de planejamento adequado do poder público quanto à gestão dos seus recursos humanos, o que necessariamente envolve a consideração dos custos dela decorrentes, que impediu que os candidatos aprovados dentro do número de vagas fossem nomeados e empossados. Sendo essa a única razão para a frustração do certame, é evidente que o desperdício dos recursos produtivos do particular que a ele se submeteu decorreu exclusivamente da atuação inadequada da Administração Pública, que deve, por conta disso, compensá-lo.

Vejamos, em sentido oposto, uma situação em que o desfecho anômalo do concurso público não possa ser imputado à Administração Pública. Imagine-se que, após a realização das provas e a aprovação de candidatos dentro do número de vagas, seja descoberta fraude praticada por terceiros, consistente no acesso indevido ao conteúdo do certame, circunstância que compromete a igualdade entre os concorrentes e impõe a anulação do procedimento. Nessa hipótese, embora os candidatos regularmente aprovados tenham mobilizado tempo, esforço, organização pessoal e recursos materiais para participar do concurso, a inutilização desses recursos não decorre de atuação administrativa disfuncional, mas de fato ilícito praticado por terceiros, estranho à esfera de controle ordinário do poder público.

A Administração Pública, ao anular o certame, não atua como causadora indevida do desperdício dos recursos produtivos do particular, mas como agente incumbido de restaurar a legalidade violada. Por isso, ausente o nexo de imputação entre a conduta estatal e o dano experimentado, não há fundamento suficiente para responsabilizá-la com base na teoria do desvio produtivo.

Dessa maneira, o nexo de causalidade, como elemento necessário para justificar a responsabilidade civil do Estado pelo desvio dos recursos produtivos do particular que participa de uma atividade administrativa instrumental à atuação finalística do poder público, refere-se à existência de uma relação de causa e efeito entre a conduta da Administração Pública e o encerramento do procedimento de forma diversa daquela que legitimamente era esperada pelo agente privado, ressalvados os casos em que a própria atuação estatal se destina a remediar vício imputável a terceiros ou ao próprio participante que se afirma lesado.

4 CONCLUSÕES

A presente tese teve como objetivo geral investigar se a teoria do desvio produtivo pode ser aplicada, a partir da sua ampliação, às atividades administrativas em sentido estrito, naqueles casos em que uma atuação disfuncional da Administração Pública impõe ao particular que opta por participar de determinado procedimento o desperdício dos seus recursos produtivos escassos, como o tempo, a energia organizacional, os recursos econômicos e a capacidade produtiva. A pretensão vai além da possibilidade abstrata de transposição de uma categoria dogmática originalmente elaborada em outro campo jurídico, dirigindo-se à verificação de sua compatibilidade com o regime jurídico-administrativo, com a responsabilidade civil do Estado e com o reconhecimento da centralidade constitucional dos indivíduos diante do poder público.

A conclusão a que se chega, a partir da análise criteriosa de tudo o que foi reunido ao longo da pesquisa, é no sentido do cabimento da teoria do desvio produtivo às atividades administrativas em sentido estrito, ainda que com as necessárias conformações decorrentes das peculiaridades impostas por um regime de Direito Público, distinto, portanto, daquele em que estão inseridas as relações de consumo.

No primeiro capítulo, demonstrou-se que o Estado legitima a sua existência a partir do momento em que revela aptidão para entregar aos particulares providências adequadas à realização dos direitos fundamentais. Como qualquer manifestação de poder, e, em especial, pelas implicações que a sua existência acarreta para a liberdade dos indivíduos, tanto a liberdade restringida pelas normas impostas de maneira geral e abstrata a toda a coletividade quanto o patrimônio atingido pela exigência de exações indispensáveis à manutenção da estrutura pública, é indispensável que esteja acompanhado por um lastro de legitimidade.

Os direitos fundamentais, por sua vez, não podem ser considerados uma constante, seja a partir de um referencial espacial, seja a partir de um referencial temporal, na medida em que são produto de um complexo processo de disputa em que se opõem, com frequência, o poder constituído e a coletividade, notadamente os grupos minoritários, em torno de alguma necessidade específica. Dessa maneira, são reconhecidos pelo Estado a partir do momento em que adquirem sede positiva em uma norma com status constitucional. Ao abandonar a visão jusnaturalista dos direitos humanos, resta explicado o motivo pelo qual os direitos fundamentais são distintos em cada uma das experiências jurídicas.

A atuação que a coletividade espera do Estado, da mesma maneira, não é marcada por linearidade, de tal modo que, a partir de processos de contração e de expansão, em certos momentos, um conjunto menor ou maior de atividades será exigido da Administração Pública. Disso depende o modelo de Estado que cada sociedade aspira, de acordo com os valores preponderantes no momento da sua constitucionalização jurídico-política: em um modelo acentuadamente liberal, verifica-se que a preocupação em assegurar a maior liberdade das pessoas impõe severas restrições ao exercício de atividades pelo poder público, deixando-as a cargo do livre mercado e à exploração dos agentes privados, situação que importa na construção de uma burocracia estatal mais enxuta; em um modelo de Estado Social, tal qual idealizado originariamente pela Constituição Federal da República de 1988, na mesma proporção em que a coletividade exige da Administração Pública a prestação de uma série de utilidades com o escopo de atender, em especial, aos direitos fundamentais de segunda dimensão, torna-se indispensável que a estrutura administrativa seja mais robusta; e, por fim, em um modelo regulador, como projetado pela Reforma Administrativa de meados dos anos 1990 no Brasil, embora o Estado ainda tenha a incumbência de executar algumas atividades em benefício dos particulares por meio dos seus órgãos e entidades, a posição que ocupa é, basicamente, a de mediador em relação à livre iniciativa, que, a partir dos marcos normativos estabelecidos pelo poder público, passa a desempenhar papéis relevantes para a coletividade.

Não se pode negar que a adoção de um modelo de Estado Regulador implica a redução da dimensão da burocracia estatal. Inclusive, não é raro que a busca por esse modelo administrativo seja especialmente comum em momentos de crise econômica, nos quais se pretende, muitas vezes mediante o sacrifício de relevantes serviços públicos, reduzir o custo da estrutura pública. Todavia, em comum com o Estado Social, permanece a exigência de que a Administração Pública conte com uma estrutura burocrática suficiente para fazer frente à necessidade de ações diversas em prol da coletividade.

Em ambos os casos, há a necessidade de que a Administração Pública estabeleça um conjunto significativo de relações específicas com agentes privados, que deverão atuar em regime de colaboração para que seja viável a execução das suas atividades finalísticas.

O que traduz uma constante em qualquer um desses modelos de Estado é que, para viabilizar a realização eficiente do interesse público, torna-se necessário que os órgãos e entidades da Administração Pública executem um conjunto diversificado de atividades que, entre si, distinguem-se quantitativa e qualitativamente. É possível identificar, como restou

evidenciado em momento próprio do primeiro capítulo, as seguintes espécies do gênero atividade administrativa em sentido amplo: 1) o poder de polícia administrativa, assim considerada a possibilidade de imposição de restrições aos direitos dos particulares com o escopo de atender aos imperativos do interesse público; 2) o serviço público, que, em sua visão prevalecente no Direito Administrativo brasileiro, é considerado uma atividade prestacional regida por um regime predominantemente de direito público, titularizada, ainda que de maneira não exclusiva, pelo Estado, com o escopo de satisfazer uma necessidade da coletividade; 3) a intervenção na ordem econômica, concebida como atuação concreta da Administração Pública destinada a conformar o exercício da atividade econômica privada aos fins constitucionalmente estabelecidos, seja por meio da regulação, da fiscalização, do fomento, do planejamento ou, em situações excepcionais, da atuação direta no domínio econômico, impedindo que a lógica própria do mercado se desenvolva de maneira indiferente aos valores públicos que condicionam a ordem econômica constitucional; e 4) as atividades administrativas em sentido estrito, objeto central da presente pesquisa.

Estas últimas compreendem todos aqueles procedimentos que, executados no interior dos órgãos e entidades administrativas, têm como objetivo viabilizar a efetiva atuação finalística da Administração Pública, estabelecendo as políticas públicas que serão empreendidas, planejando as suas ações ou adquirindo, junto aos agentes econômicos privados, os insumos indispensáveis para o funcionamento da burocracia estatal, como a contratação de agentes para atuarem em seu nome, bem como a aquisição de bens e serviços necessários ao desempenho de suas funções. A sua finalidade, na mobilização da máquina pública, é meramente instrumental, isto é, permitir que outra atividade seja desempenhada pelo poder público, sendo esta aquela que, efetivamente, importa à satisfação do interesse público.

Muito embora essas atividades se desenvolvam no âmbito interno dos órgãos e entidades administrativas, é possível que acarretem impacto negativo para os particulares, o que ultrapassa o prejuízo indireto provocado pela prestação inadequada de uma atividade finalística. Elas podem prejudicar agentes sociais privados que, em um caso específico, estabeleçam uma relação individualizada com o poder público, na medida em que, estimulados pela obtenção de um resultado prático para os seus projetos pessoais, mobilizam seus esforços para, no bojo daquele procedimento, exercer um papel que exige,

para a obtenção de êxito, a abstenção de outras atividades que também seriam relevantes para a sua esfera existencial ou produtiva.

Esse é o caso, por exemplo, do procedimento de recrutamento de agentes públicos por meio do concurso público, procedimento administrativo exigido, como regra, pelo art. 37, II, da Constituição Federal da República de 1988, para que qualquer interessado seja investido em cargo ou emprego público. Para que possa disputar, em condições concretas de aprovação, uma das vagas disponibilizadas pela Administração Pública quando anuncia o certame a partir da publicação do edital, é indispensável um sólido investimento de recursos pessoais do candidato, como o pagamento da inscrição, a aquisição de cursos e livros voltados ao conhecimento do conteúdo exigido pela banca examinadora e, principalmente, horas exaustivas de estudo, o que o afasta de outras atividades, tais como o convívio com amigos e familiares. O candidato realiza essa mobilização prévia por confiar que, ao final, aqueles que forem aprovados no concurso dentro do número de vagas serão investidos no cargo ou no emprego público e, dessa forma, conseguirão inserir-se no mercado formal de trabalho.

Se, porventura, ao final do processo seletivo, o candidato aprovado não for nomeado e empossado em razão de uma decisão administrativa, verifica-se que a sua legítima expectativa foi frustrada, e o procedimento levado a cabo pela Administração Pública revelou-se disfuncional, na medida em que não culminou com a finalidade que, racionalmente, era possível prospectar a partir da sua instauração.

Nesse sentido, quando a atividade administrativa em sentido estrito for executada de maneira disfuncional, isto é, quando a sua conclusão não conduzir à finalidade que racionalmente se poderia esperar a partir de sua instauração, aquele que mobilizou seus esforços produtivos, confiando na adequada atuação do Estado, acaba experimentando, de forma ilegítima, o desperdício de elementos escassos indispensáveis à sua existência. Nessa hipótese, a disfuncionalidade administrativa deixa de constituir mera questão *interna corporis* da Administração Pública e passa a projetar efeitos juridicamente relevantes sobre a esfera do particular, precisamente porque transforma em inúteis recursos produtivos que foram mobilizados em razão de uma expectativa fomentada pelo próprio poder público.

Ao se reconhecer a possibilidade de que as externalidades negativas decorrentes das atividades administrativas em sentido estrito atinjam os particulares, provocando-lhes prejuízos, notadamente sob uma perspectiva existencial, o segundo capítulo se debruça sobre a teoria do desvio produtivo, partindo da premissa de que a responsabilidade civil,

como uma das categorias dogmáticas mais relevantes do Direito, experimenta ampla reformulação em sua perspectiva.

Desde o Direito Romano, especialmente a partir da Lex Aquilia, até o final do século XX, o elemento subjetivo assumiu protagonismo na imposição da obrigação de indenizar, de tal forma que apenas uma conduta qualificada como culposa, em sentido amplo, poderia ensejar a responsabilidade do seu agente. O debate em torno da responsabilidade civil gravitou, durante longo período, em torno da demonstração, no caso concreto, do agir imperito, imprudente, negligente ou direcionado à produção de danos, como elemento de justificação do dever reparatório.

Nos dias de hoje, seria uma impropriedade dizer que a culpa tenha perdido significado para o instituto. Contudo, é nítido que existe uma preocupação preponderante com o dano e com a sua injustiça, a fim de que se possa impor ao responsável pela sua ocorrência a obrigação jurídica de plena indenização. Essa mudança de compreensão, como tudo o que se opera na ciência jurídica, ocorreu *pari passu* às transformações experimentadas pela sociedade pós-moderna e pode ser conectada a alguns fatores.

O primeiro é que a sociedade pós-moderna deve ser concebida, fundamentalmente, como uma sociedade de massa, inserida em um momento de vertiginoso avanço tecnológico e científico que, se por um lado garante o surgimento de novos mecanismos de mitigação de danos, por outro tornou possível vislumbrar a existência de riscos que, até então, não eram conhecidos ou, até mesmo, não existiam. Os avanços civilizatórios também justificam essa nova compreensão, de tal maneira que algumas situações antes consideradas toleráveis, a partir de determinado momento, passam a assumir relevância jurídica na construção de um paradigma de injustiça.

O segundo é que o aprofundamento do movimento neoconstitucionalista implica a expansão dos valores extraídos do texto constitucional, de modo que estes passem a irradiar efeitos sobre todos os campos do conhecimento jurídico. No Brasil, assume acentuado destaque o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal da República de 1988. Neste tocante, o respeito à autonomia do indivíduo, assim compreendida a possibilidade de decidir, de maneira livre, ainda que observados os limites das regras que o inserem na coletividade, como empregar a sua existência em prol dos seus projetos pessoais, consubstancia direito de cada um.

Por fim, há o reconhecimento de que o ordenamento jurídico brasileiro traz implícita, em sua estrutura, uma cláusula geral de responsabilidade civil, de tal maneira que

se revela incompatível com a atual ordem jurídica admitir que uma situação causadora de danos injustos à pessoa permaneça à margem de uma equitativa reparação.

Se o Direito Administrativo tem na responsabilidade civil do Estado um dos seus mais robustos objetos de estudo — para muitos, inclusive, foi a partir do Caso Blanco que ele assumiu o caráter de campo específico do saber jurídico, ganhando autonomia em relação ao Direito Constitucional —, essa preocupação em estabelecer balizas adequadas à promoção da segurança jurídica contra eventuais danos experimentados pelos particulares não ficou relegada a um segundo plano.

Foi possível estabelecer que a atual ordem jurídica manifesta explícita preocupação com a proteção dos particulares em relação aos potenciais danos que podem advir do amplo leque de atividades que as normas jurídicas impõem à Administração Pública, o que se extrai, sobretudo, do art. 21, XXIII, “d”, e do art. 37, parágrafo 6º, ambos da Constituição Federal da República de 1988, da Lei n. 10.744/2003 e da sólida construção doutrinária desenvolvida a respeito do tema.

Como regra geral, a responsabilidade civil extracontratual do Estado estrutura-se a partir da teoria do risco administrativo, de tal maneira que, para facilitar a recomposição do dano suportado pelo particular lesado, não se exige a demonstração da culpa do agente público, ressalvados, aqui, os casos de condutas omissivas, nos quais a controvérsia ainda comporta tratamento específico.

Em hipóteses excepcionais, como ocorre com os danos decorrentes do desenvolvimento de atividades que envolvam energia nuclear, bem como com aqueles resultantes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos praticados contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, a responsabilidade objetiva assume feição ainda mais rigorosa. Nessas situações, a excepcionalidade do risco envolvido justifica a aproximação da teoria do risco integral, restringindo de maneira significativa o espaço de oposição das excludentes ordinárias de responsabilidade.

A doutrina reconhece que até mesmo um agir administrativo ajustado à legalidade pode ensejar a responsabilidade civil do Estado quando acarretar, a indivíduos específicos, um ônus desproporcional em relação àquele suportado pela coletividade para o atendimento do interesse público. Trata-se, nesse caso, da aplicação da distribuição equânime dos encargos decorrentes da atuação do poder público, fundamento que evidencia que a responsabilidade estatal não se limita à repressão da ilicitude administrativa, mas também

alcança situações em que a atuação estatal, embora legítima em sua origem, produz sacrifícios individualizados incompatíveis com a igualdade perante os encargos públicos.

É nesse contexto de reestruturação macroscópica da responsabilidade civil que surge, nas letras jurídicas brasileiras, a teoria do desvio produtivo, introduzida por Marcos Dessaune, com o intuito de conferir tratamento jurídico a uma situação que, infelizmente, mostra-se recorrente nas relações contratuais de Direito do Consumidor. Segundo a sua elaboração, naquelas hipóteses em que o consumidor é indevidamente privado do direito de decidir como empregar os seus recursos produtivos, entre os quais se destaca, certamente, o tempo, para a realização dos seus projetos e interesses pessoais, em razão da necessidade de solucionar vício ou defeito relacionado ao produto ou serviço adquirido, configura-se uma lesão juridicamente relevante, sobretudo quando, mesmo após cientificado da situação, o fornecedor ou prestador de serviço deixa de agir como deveria.

Na medida em que a autonomia do consumidor para decidir qual atividade desempenhar, ainda que de maneira episódica, é indevidamente restringida, torna-se necessário reconhecer que esse agir abusivo, apoiado em sua condição de vulnerabilidade, representa fato jurídico apto a ensejar um dever reparatório autônomo, que pode concorrer com o dano material e com outros danos extrapatrimoniais.

É possível vislumbrar que a teoria se estrutura sobre dois alicerces fundamentais: primeiro, o reconhecimento de que a condição de vulnerabilidade do indivíduo-consumidor permite que lhe seja indevidamente imputada a obrigação de buscar solucionar um problema originado pelo próprio agente causador do dano; segundo, a injustiça do dano imposto ao consumidor, uma vez que, em vez de desfrutar da facilidade legitimamente esperada a partir do investimento realizado no produto ou no serviço adquirido, acaba compelido a empregar o seu tempo e os seus esforços para agir em lugar daquele que deveria fazê-lo.

A partir dos elementos reunidos, a pesquisa propôs, na esteira da teoria do desvio produtivo, a compreensão do dano existencial como aquele que decorre de uma situação em que o indivíduo, em virtude da sua posição de vulnerabilidade na relação jurídica de base, é compelido a envidar esforços e mobilizar recursos produtivos em detrimento de outras atividades que se revelam relevantes, e, em alguns casos, até mesmo prioritárias, para solucionar uma externalidade ocasionada pela conduta disfuncional de terceiro com quem se relaciona.

É estreita, quiçá indissolúvel, a relação que se estabelece entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a criação de um robusto mecanismo de proteção aos recursos produtivos dos indivíduos. Isso porque de nada adianta o reconhecimento de direitos fundamentais e de um sistema aberto de direitos da personalidade, tal como se verifica na ordem jurídica brasileira vigente, se não for assegurada à pessoa a liberdade de decidir, com autonomia, como investirá a sua própria existência. Nesse sentido, a proteção do tempo e dos demais recursos produtivos funciona como uma espécie de pressuposto material para o livre desenvolvimento da personalidade e para a fruição concreta dos direitos que lhe são juridicamente reconhecidos.

O terceiro capítulo se inicia com a fixação de algumas premissas indispensáveis à avaliação do cabimento da teoria do desvio produtivo às atividades administrativas em sentido estrito, notadamente para compreender se o seu fundamento jusfilosófico pode ser transposto, sem deformações em seu conteúdo, ao tratamento de uma relação jurídica para a qual não foi originalmente concebido. Neste ponto, é importante assinalar que a elaboração de tais premissas representou um forte indicativo quanto à resposta a ser conferida à pergunta de pesquisa.

Em primeiro lugar, se não se pode deixar de considerar que a atividade administrativa, de modo geral, é sempre desempenhada com vistas à satisfação de um interesse público que, dado o seu dinamismo, não raras vezes tem as suas necessidades significativamente alteradas, também não se pode desprezar que o particular que se relaciona com o Estado estabelece expectativas em relação às suas ações, notadamente quanto aos fins que serão atingidos, tratando-se de dado que não pode ser ignorado pelos agentes públicos. Em segundo lugar, o Direito Administrativo dos países do Sul Global ainda é marcado por fortes traços autoritários, que frequentemente compreendem a relação entre a Administração Pública e os particulares a partir de um modelo verticalizado, impondo-se o argumento de que o poder público age em prol da coletividade, enquanto o agente privado atua movido por interesses egoísticos, o que os mantém em situação de manifesta vulnerabilidade.

É evidente que, mesmo em um ordenamento jurídico pautado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e, por tal motivo, avesso a qualquer compreensão organicista do indivíduo, não se pode deixar de considerar relevante e prioritária a defesa do interesse público, o que se concretiza, principalmente, por meio das atividades administrativas em sentido amplo. Disso decorre que a Administração Pública deve dispor de uma zona de

discrecionariedade em suas ações. Contudo, isso não significa que tal discrecionariedade seja absoluta, sob pena de se converter em arbítrio, razão pela qual é necessário buscar um delineamento normativo capaz de justificar a legitimidade do agir administrativo, especialmente quando ele implicar restrição a direitos dos agentes privados.

Qualquer atividade administrativa deve observar, por força do art. 37, caput, da Constituição Federal da República de 1988, a eficiência como parâmetro destinado a avaliar se os meios eleitos pelos gestores públicos, consubstanciados em um dos elementos discrecionários do ato administrativo, foram adequados à finalidade pública almejada. Em outras palavras, não se admite uma atividade administrativa que não realize a finalidade última para a qual foi iniciada ou que consuma, de forma irrazoável, mais recursos do que deveria, sobretudo porque tais recursos são escassos diante das necessidades plurais da sociedade contemporânea.

O direito à boa administração foi acolhido pelo Direito brasileiro, senão de maneira explícita, como seria recomendável diante da sua relevância, ao menos como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, que exige da Administração Pública uma atuação compatível com os deveres de probidade, moralidade, impessoalidade e proporcionalidade. Trata-se, em essência, daquele conteúdo que, de acordo com os enunciados do Provedor de Justiça da União Europeia, integra o art. 41 da Carta de Nice, sede material desse direito naquela experiência jurídica.

Além disso, o já destacado respeito à confiança legítima que os particulares depositam nas ações administrativas não pode ser desprezado. Espera-se que a Administração Pública, em razão do elevado grau de responsabilidade da função que a ordem constitucional impõe aos seus órgãos e entidades, atue com sólido planejamento e refletida racionalidade, o que conduz à legítima expectativa de que não haverá mudança súbita no direcionamento das suas ações, frustrando-se os resultados razoavelmente projetados.

A ordem jurídica vigente reconhece essa situação de vulnerabilidade do particular diante da Administração Pública. Essa condição não se justifica apenas pela circunstância de que incumbe ao Estado, ainda que mediante a atuação de representantes eleitos, estabelecer limites à liberdade de agir dos indivíduos em sociedade, de modo que, como agente normativo, ele atua como limitador de condutas. Da mesma forma, decorre do fato de que o Estado detém o poder de polícia administrativa, que enseja a possibilidade de

impor severas restrições aos direitos dos particulares para fazer frente a uma necessidade de interesse público.

Ainda no plano constitucional, o sistema de responsabilidade civil do Estado, composto por um conjunto de regras voltadas a facilitar a reparação dos danos sofridos pelos particulares em decorrência da atuação administrativa, também indica essa condição de suscetibilidade a lesões de direitos. Afinal, não haveria razão jurídica plausível para impor a quem busca a proteção de um direito próprio uma situação de tamanha desvantagem na construção de uma pretensão indenizatória contra aquele que dispõe da estrutura, da informação e do domínio institucional da atuação lesiva.

O mesmo se diga do art. 175, III, da Constituição Federal da República de 1988, que determinou ao legislador ordinário a elaboração de um microssistema específico para a proteção dos usuários dos serviços públicos, o que se deu com a edição da Lei n. 13.460/2017. Essa legislação, reafirmando tal compreensão, deixou explícita a possibilidade de incidência da Lei n. 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, às relações mantidas entre os prestadores de serviços públicos e os particulares que deles são destinatários.

É a partir disso que se constrói a teoria ampliada do desvio produtivo, de modo a reconhecer a sua aplicação aos serviços públicos. Essa ampliação se justifica, segundo se extrai das referências bibliográficas reunidas para a análise do estado da arte, pela situação de vulnerabilidade do particular em relação aos prestadores, ainda que se trate de agentes privados atuando a partir de concessões estatais, bem como pelo reconhecimento de que a conformação atribuída a tais serviços pela Lei n. 8.987/1995 e pela Lei n. 13.460/2017 se aproxima, em diversos aspectos, de uma prestação de serviços típica das relações de consumo. Há, portanto, uma imposição jurídico-constitucional de que os serviços públicos sejam entregues aos seus destinatários em condições razoáveis de qualidade e tempestividade, garantindo-lhes, dessa maneira, o acesso efetivo aos direitos fundamentais.

Muito embora essa construção represente um aceno relevante no sentido da proteção dos recursos produtivos dos agentes privados, não se pode olvidar que ela apresenta uma clara restrição: a incidência exclusiva aos serviços *uti singuli*, uma vez que exige a existência de uma relação específica entre o particular lesado e a Administração Pública. Ocorre que essa limitação contraria a atual compreensão da responsabilidade civil, que se concentra no dano injusto decorrente de uma conduta de terceiro identificável como

apta a causar a lesão, o que, certamente, também pode se operar no âmbito dos serviços universais.

As atividades administrativas em sentido estrito também assumem potencialidade de atingir, de maneira prejudicial, a gestão dos recursos produtivos dos agentes privados. Embora sejam desenvolvidas nos limites dos órgãos e entidades administrativas, é comum que estimulem a participação dos particulares que, vislumbrando o seu desfecho ordinário, mobilizam esforços e se privam de outras atividades a partir da expectativa de obtenção de algum benefício legítimo. Contudo, diante de um desfecho anômalo, essa expectativa acaba frustrada por fato que somente pode ser imputado à Administração Pública.

Quando se verifica essa disfuncionalidade nas atividades internas corporis da Administração Pública, impõe-se aos particulares, que haviam planejado as suas ações a partir de diversas estratégias, inclusive com a mobilização antecipada de seus recursos produtivos, um desperdício inaceitável sob o ponto de vista constitucional, na medida em que são impedidos de se dedicar a outras atividades relevantes para os seus projetos pessoais e existenciais.

Apesar de todos os elementos fixados até aqui, não se pode deixar de reconhecer os obstáculos usualmente apontados para a aplicação da teoria do desvio produtivo às atividades administrativas em sentido estrito.

De início, alguns impõem a barreira da *summa divisio*, sob o argumento de que, por se tratar de uma teoria elaborada para dar conta de uma relação jurídica específica situada, segundo a clássica repartição, no campo do Direito Privado, ainda que submetida a importantes restrições à autonomia da vontade, ela não poderia ser transposta para o Direito Público.

A resposta a essa objeção passa pela necessidade de diferenciar o transplante da transposição, sendo esta uma modalidade de diálogo entre fontes distintas do Direito, em que determinado instituto é adaptado a um modelo para o qual não foi originariamente idealizado. Ademais, diante do enfraquecimento da *summa divisio* como método adequado para o ensino jurídico contemporâneo, sobretudo em razão da existência de novas relações submetidas a regimes híbridos, não é admissível que situações análogas sejam tratadas de forma distinta pelo sistema jurídico com fundamento em uma categorização dogmática que, em sua origem, buscou apenas facilitar a compreensão dos distintos fenômenos jurídicos por aqueles que se iniciam na academia. Além disso, o próprio art. 1º, parágrafo 2º, II, da Lei n. 13.460/2017 é expresso ao estabelecer que o Código de Defesa do Consumidor pode

ser aplicado, naquilo que for compatível, aos serviços públicos, o que evidencia que o sistema positivado brasileiro não vislumbra, em princípio, impedimento à incidência desse novo marco teórico às relações de Direito Público.

Outros objetam a incidência da teoria com base na afirmação de que a Administração Pública atua orientada pelo princípio da legalidade, em seu viés de *positive Bindung*, razão pela qual não poderia ser obrigada a indenizar os particulares quando, ao constatar motivo apto a justificar a sua postura, altera a ação originariamente idealizada. Esse argumento, contudo, não se sustenta, pois o Estado atua sob a ideia de juridicidade, de modo que até mesmo condutas administrativas lastreadas em lei podem ensejar responsabilidade civil quando impuserem prejuízo desproporcional a uma pessoa ou a um grupo específico. Afinal, se a sociedade desfruta dos bônus decorrentes das políticas públicas, é intuitivo reconhecer que os seus ônus também devem ser repartidos com justiça.

Muito menos se pode afastar a aplicação da teoria do desvio produtivo às atividades administrativas em sentido estrito sob a crítica de que haveria, na hipótese, difícil demonstração dos elementos aptos a configurar o dever de indenizar. A construção contemporânea da responsabilidade civil orienta-se pela redução dos filtros de contenção em favor da percepção da injustiça do dano decorrente de determinada conduta, o que se revela nitidamente demonstrável quando a pessoa que planeja objetivamente as suas ações para desfrutar de um potencial benefício legítimo decorrente de uma ação estatal, ordinariamente realizável, experimenta evidente prejuízo em razão de uma atuação administrativa disfuncional, incapaz de atingir a finalidade a que se propôs originalmente.

É possível apresentar, ainda, os elementos necessários à aplicação da teoria que, uma vez transpostos para o Direito Público, podem ser assim enumerados:

a) A vulnerabilidade como característica da relação jurídica de base, decorrente da própria natureza do liame que se estabelece entre a Administração Pública e os agentes privados, independentemente da expressão econômica que estes assumam, na medida em que essa relação será sempre marcada por uma intrínseca assimetria de autoridade;

b) O agir administrativo disfuncional, assim considerada a atividade administrativa desenvolvida no âmbito dos órgãos e entidades administrativas que, por razão imputável exclusivamente à Administração Pública, se desvie da finalidade originária do procedimento e, com isso, não produza qualquer benefício legítimo aos particulares que, ao depositarem confiança na atuação do poder público, entenderam por bem mobilizar antecipadamente os seus recursos produtivos;

c) O desperdício dos recursos produtivos dos agentes privados, representado pela impossibilidade de investi-los em atividade relevante para o seu projeto pessoal e existencial, em razão do esforço empreendido para obter melhores condições de êxito na relação estabelecida com o Estado;

d) O nexo de causalidade entre o fato administrativo, consubstanciado na mudança de direcionamento da atuação da Administração Pública, e o desperdício dos recursos produtivos do particular.

Conclui-se, dessa forma, que não há impedimento jurídico-científico para que a teoria do desvio produtivo incida, de forma direta, sobre as atividades administrativas em sentido estrito quando estas se revelem disfuncionais e, por consequência, ocasionem o desperdício dos recursos produtivos escassos dos agentes privados. Tais recursos, justamente por sua escassez e pela sua ligação com a proteção da dignidade da pessoa humana, devem ser garantidos pelo ordenamento jurídico, inclusive, quando for o caso, mediante tutela reparatória plena.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Mario Pimentel. **O Órgão Jurisdicional e a sua Função. Estudos sobre a ideologia, aspectos críticos e o controle do Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1997.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. Caso Mephisto: decisão de 24 de fevereiro de 1971. BVerfGE 30, 173. Disponível em: <<https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintText&Name=bv030173>>. Acesso em: 22 dez. 2024.

ALESSI, Renato. **La Responsabilità della Pubblica Amministrazione**. 3.ed. Milão: Giuffrè, 1955.

_____. **A Revogação dos Atos Administrativos**. Trad. Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. São Paulo: Contracorrente, 2022.

ALVES, Rogério Pacheco. **O DNA Kantiano dos Direitos Humanos e a sua Crítica a Partir da Filosofia Imanente de Spinoza**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 4.ed. Belo Horizonte: Forum, 2017.

_____. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 237, p. 1–6, 2004. DOI: 10.12660/rda.v237.2004.44361. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/44361>. Acesso em: 6 dez. 2025.

ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. **Revista de Gestão Pública**, ano 48, n. 03, Brasília: ENAP, set./dez., 1997.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O Princípio da Proteção da Confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói: Impetus, 2009.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. de Nestor Silveira Chaves. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 7.ed. São Paulo: JusPodivm, 2025.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, MARTINS, Ricardo Marcondes. **Ato Administrativo e Procedimento Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Forum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto, OSÓRIO, Aline. Algumas reflexões sobre o princípio republicano. In: BARROSO, Luís Roberto, OSÓRIO, Aline. **O Supremo Tribunal Federal em 2017: a república que ainda não foi**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-em-2017-a-republica-que-ainda-nao-foi>>. Acesso em 03/01/2026.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. **A Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. São Paulo: Zahar, 2022.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BELIEIRO JÚNIOR, José Carlos Martines, LOPES, Ezer Azael Moreira. Política e protesto no Brasil recente: as manifestações de junho de 2013 nas ruas de São Paulo. **Barbarói**. Santa Cruz do Sul, n. 53, p. 01-25, jan./jun. 2019. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/11222>>. Acesso em 06/12/2025.

BERGSON, Henri. **Tempo e Livre Arbítrio: ensaio sobre os dados imediatos da consciência**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BERGSTEIN, Laís. A consolidação do dano pela perda do tempo do consumidor no Brasil e o duplo critério para sua compensação: o menosprezo planejado. In: BORGES, Gustavo, MAIA, Maurílio Casas. **Dano Temporal: o tempo como valor jurídico**. 2.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao Processo Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Como nasceu e cresceu o Direito Administrativo? De antes da Revolução Francesa aos dias atuais. In: SUNDFELD, Carlos Ari [et. al.]. **Curso de Direito Administrativo em Ação: Casos e leituras para debate**. São Paulo: JusPodivm, 2024.

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei nº 13.460, de 26 de Junho de 2017: novo Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos**. Curitiba: CRV, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. 4.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BORGES, Gustavo, VOGEL, Joana Just. **O Dano Temporal e sua Autonomia na Responsabilidade Civil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 7.356, de 23 de abril de 2014.** Acrescenta o parágrafo único ao art. 6º da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, para incluir a perda do tempo livre do consumidor como reparação pelos danos morais. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 24 abr, 2014. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=611194>> Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 6.953, de 2002.** Dispõe sobre os direitos dos usuários de serviços públicos da administração pública. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56375>> Acesso em: 18 abr. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8.073, de 2017.** Altera o art. 331 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre o crime de desacato. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1587489&filenome=Avulso+PL+8073/2017>. Acesso em: 4 set. 2025.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.195.642/RJ.** Relator: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 13 nov. 2012, Diário da Justiça, Brasília, DF, 21 nov. 2012. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271195642%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271195642%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271195642%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271195642%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)> Acesso em 15 jan. 2025.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 904.676/DF.** Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 18 nov. 2008, Diário da Justiça, Brasília, DF, 15 dez. 2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AI no AREsp n. 2.081.879/SC,** rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, Quinta Turma, julgado em 18/08/2025, publicado no DJe em 22/08/2025. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200610085&dt_publicacao=22/08/2025> Acesso em 03 set. 2025.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.634.851/SP.** Relator: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 12 set. 2017, Diário da Justiça, Brasília, DF, 14 set. 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1576048&num_registro=201502262739&data=20180215&formato=PDF>. Acesso em 26 jan. 2025.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.604.672 - ES (2016/0150961-3).** Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, 21 de setembro de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?tipo=91&num_registro=201601509613&data_publicacao=20171011. Acesso em: 5 fev. 2026.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.647.452/RO.** Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 26 fev. 2019, Diário da Justiça, Brasília, DF, 28 mar. 2019.

Disponível em: <
[https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271647452%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271647452%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271647452%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271647452%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em 22 jan. 2025.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.962.275/GO**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 24 abr. 2024, Diário da Justiça, Brasília, DF, 29 abr. 2024. Disponível em: <
<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=1647452&O=J>>. Acesso em 22 jan. 2025.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **MS 24.268/MG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 03 abr. 2003, Diário da Justiça, Brasília, DF, 17 set. 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 1.316.010**. Relator: Ministro Flávio Dino. Tribunal Pleno. Julgado em 13.10.2025. Acesso em 07 mai. 2026.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 873.311**. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 09.12.2025. Acesso em 07 mai. 2026.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.737.412/SE**. Relator: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 05 fev. 2019, Diário da Justiça, Brasília, DF, 08 fev. 2019. Disponível em: <
[https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271737412%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271737412%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=vej](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271737412%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271737412%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=vej)>. Acesso em 22 jan. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 658.130/SP**. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em: 12 jun. 2007. Publicado em: 28 set. 2006. Disponível em: <
<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.exe/ITA?CodOrgaoJgdr=&SeqCgrmaSessao=&dt=20060928&formato=PDF&nreg=200400525951&salvar=false&seq=625341&tipo=0>>. Acesso em: 25 jul. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 387**. Brasília, DF: STJ, 2009. Disponível em: <
<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 fev. 2025.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.210.732/SC**. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. 4ª Turma. DJe 15.3.2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 2076**. Relator: Ministro Carlos Velloso, julgado em 15 ago. 2002, Diário da Justiça, Brasília, DF, 8 ago. 2003. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docID=375324&docTP=AC>. Acesso em: 16 dez. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 3510**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, julgado em 29 maio 2008. Diário da Justiça, Brasília, DF, 29 maio 2008. Disponível em:
<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510EG.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3340/2015 – Plenário**. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 9 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/doc/acordao-completo/3340/2015/Plen%C3%A1rio>. Acesso em: 5 jun. 2025.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 3.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

CAMELO, Bradson, NÓBREGA, Marcos, TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Análise Econômica das Licitações e Contratos: de acordo com a Lei n. 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações)**. 2.ed. Belo Horizonte: Forum, 2024.

CAMINO, Geraldo Costa da. **República como Responsabilidade: o conteúdo jurídico do princípio republicano na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional & Teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Estado de Direito. **Cadernos Democráticos nº 7**. Lisboa: Gradiva, 1999.

CARDOSO, Fernando Henrique. Reforma do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, SPINK, Peter. (Org.) **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição**. 21.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal: comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Os Grandes Princípios do Direito Público: Constitucional e Administrativo**. Trad. Marly Peres. São Paulo: Contracorrente, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHAGAS, Gabriel Costa Pinheiro. **A Discrecionalidade Administrativa nas Empresas Estatais**. São Paulo: Contracorrente, 2021.

CHEMERINSKY, Erwin. **We The People: a progressive reading of the Constitution for the twenty-first century**. Nova Iorque: Picador, 2018.

CHEVALIER, Jacques. **O Serviço Público**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. 2.ed. Belo Horizonte: Forum, 2021.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960. Disponível em: <<https://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/coase-socialcost.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2026.

COLLINS, Patricia Hill. **Intersecções Letais: raça, gênero e violência**. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2024.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do Direito Econômico. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 15/16, p. 89-105.

CONRADO, Regis da Silva. **Serviços Públicos à Brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORBO, Wallace. **Identidade Constitucional: formação, transformação e crise da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

CORREIA, Sérvulo. Fundações e Associações de Direito Privado. In: **Os Caminhos da Privatização da Administração Pública**. Coimbra: Coimbra, 2001.

COTARELO, Ramon. **Del Estado Del Bienestar al Estado del Malestar**. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

COUTO E SILVA, Almiro. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. **Revista de Direito Público**, n. 63, São Paulo, jul./set. 1982.

CYRILLO, Carolina. **Quatro Ensaio Sobre o Constitucionalismo Sul-Americano**. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano: Núcleo Interamericano de Direitos Humanos, 2024.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DENNINGER, Erhard. La Reforma Constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica. In: PÉREZ LUÑO, António-Enrique (Coord.) **Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Limenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

DARDOT, Pierre, LAVAL, Christian. **A Nova Razão do Mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria Ampliada do Desvio Produtivo do Consumidor, do Cidadão-usuário e do empregado**. 3.ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2022.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Vol. 1. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Preclusão no Processo Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-15, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44588>. Acesso em: 3 abr. 2026.

DONNE, John. *John Donne's Devotions*. Grand Rapids: Christian Classics Ethereal Library, 2012.

DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 39, 2018. DOI: 10.22456/0104-6594.83607. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/83607>. Acesso em: 8 dez. 2025.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3.ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ESQUIVEL VÁZQUEZ, Gustavo A. Prestación de un servicio público por un organismo público autónomo. In: BÉJAR RIVERA, Luis José (Coord.) **Derecho Administrativo: Perspectivas Contemporáneas**. México: Porrúa, 2010.

ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da atividade de direito privado na Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1999.

FAGUNDES, Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. Responsabilidade do Estado pela prática de atos lícitos. **Revista da PGE-SP**, São Paulo, v. 69/70, p. 67-94, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/download/717/653>. Acesso em: 30 dez. 2025.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14.ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2024.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. **Derecho Administrativo: servicios públicos**. México: Porrúa, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FILHO, Roberto P. Campo (Org.). **Processo e Liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa**. Londrina: Thoth, 2019.

FRANÇA. Conseil d'État. **Decisão no caso Commune de Morsang-sur-Orge. N° 136727. Decisão de 27 de outubro de 1995**. Disponível em: <<https://conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-27-octobre-1995-commune-de-morsang-sur-orge-et-ville-d-aix-en-provence>>. Acesso em: 22 dez. 2024.

FUKUYAMA, Francis. The imperative of state-building. **Journal of Democracy**, Baltimore, v. 15, n. 2, p. 17-31, abr. 2004. Disponível em:

<https://www.journalofdemocracy.org/articles/the-imperative-of-state-building/>. Acesso em: 25 abr. 2025.

FUX, Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GABARDO, Emerson, HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo – Uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e Interesse Público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Forum, 2010.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Processo Civil, Direitos Fundamentais Processuais e Desenvolvimento: flexos e reflexos de uma relação**. 3.ed. Londrina: Thoth, 2024.

GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**. Trad. Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 2021.

GARCIA, Flávio Amaral. Notas sobre mediação, conciliação e as funções da advocacia pública: uma perspectiva à luz do Direito Administrativo contemporâneo. In: CUÉLLAR, Leila, MOREIRA, Egon Bockmann, GARCIA, Flávio Amaral, CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**. 2.ed. Belo Horizonte: Forum, 2022.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Curso de Derecho Administrativo**. Vol. II. 9.ed. Madrid: Civitas, 2004.

GILMORE, Grant. **The Death of Contract**. 2.ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: DI FRANCESCO, José Roberto. **Estudos em Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1980.

GUEDES, Alexandre. Temporalidade, sentido autêntico da existência e a questão da ontologia fundamental em Heidegger. **Natureza Humana**, São Paulo, v. 22, n. 2, p. 219-236, jul./dez. 2020. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-24302020000200015&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 1 jan. 2025.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. O dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos tribunais. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 99, p. 125-156, maio-jun. 2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3.237, 12 maio 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21672>>. Acesso em 26 jan. 2025.

_____. O dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos tribunais brasileiros. **Revista Misión Jurídica**, vol. 9, nº 11, 2016, pp. 77-96. Disponível em: < <https://www.revistamisionjuridica.com/o-dano-temporal-e-sua-reparabilidade-aspectos-doutrinarios-e-visao-dos-tribunais-brasileiros-2/>> Acesso em: 9 fev. 2025.

_____. Responsabilidade Civil do Estado pela Perda do Tempo do Administrado. In: BORGES, Gustavo, MAIA, Maurilio Casas. **Dano Temporal: o tempo como valor jurídico**. 2.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HARVEY, David. **O Neoliberalismo: história e implicações**. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante. 10.ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

HEINEN, Juliano. **Interesse Público: premissas teórico-dogmáticas e proposta de fixação de cânones interpretativos**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

HOBSBAWM, Eric J. **A era dos impérios: 1875-1914**. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Santarrita. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2013.

HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass R.. **O Custo dos Direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

HOOD, Christopher. **The Art of the State: culture, rhetoric, and public management**. Oxford: Clarendon Press, 1998.

HORTA FILHO, Francisco. **Opinião Pública, Interpretação Constitucional e Supremo Tribunal Federal: reflexos nas garantias processuais penais**. Londrina: Thoth, 2024.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de los Ríos. México: FCE, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 26, São Paulo: Malheiros, p. 115-136, 1999.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 3.ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Trad. Aurélio Wander Bastos. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o governo civil. In: **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. O procedimento administrativo entre eficiência e garantia dos particulares. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

MADEIRA, José Maria Pinheiro, MARTINS, Plínio Lacerda, RAMADA, Paula Cristiane Pinto. A doutrina administrativista e consumerista em relação ao estacionamento rotativo em via pública: responsabilidade civil do poder público e das prestadoras pelos danos causados aos veículos. MADEIRA, José Maria Pinheiro, MORAES, Frederico Antonio Carneiro de (Coord.). **Direito Público Contemporâneo: reflexões doutrinárias sobre Administração Pública, Jurisdição e Garantias no Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Booklife, 2026.

MAIA, Maurílio Casas. A dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 92, p. 161-176, mar./abr. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Qual o papel do Estado brasileiro na economia? In: SUNDFELD, Carlos Ari [et. al.]. **Curso de Direito Administrativo em Ação: Casos e leituras para debates**. São Paulo: JusPodivm, 2024.

_____. A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). **Direito Administrativo e Seus Novos Paradigmas**. 2.ed. Belo Horizonte: Forum, 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria Jurídica da Liberdade**. 2.ed. São Paulo: Contracorrente, 2023.

MATIAS-PEREIRA, José. **Administração Pública**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2025.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**. Tradução de Geraldo de Carvalho e Garcélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. 2.ed. São Paulo: N1Edições, 2018.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3.ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Atos Administrativos e Direitos dos Administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENEZES, Fernando Dias. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). **Direito Administrativo e Seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Forum, 2008.

MENEZES CORDEIRO, António. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2013.

MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. A reparação civil e os exatos contornos dos danos em espécie. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 51, p. 183-192, jan./mar. 2014. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2554325/Maria_Fernanda_Dias_Mergulhao.pdf. Acesso em: 4 fev. 2025.

MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MIRAGEM, Bruno, MARQUES, Claudia Lima, MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de. (Org.). **Direito do Consumidor: 30 anos do CDC**. 1ª. Ed. São Paulo: Forense, 2020.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

MOREIRA, Egon Bockman. Processo administrativo e princípio da eficiência. In: SUNDFELD, Carlos Ari, MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coords.). **As Leis de Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

NASCIMENTO, Milton. O que foi feito deverá. In: NASCIMENTO, Milton; BRANT, Fernando. **Clube da Esquina 2**. Rio de Janeiro: EMI-Odeon, 1978.

NETO, Jason Soares de Albergaria, FARIA E PESSOA, Betânia. Dignidade da Pessoa Jurídica: análise crítica. **Revista da Escola Superior de Direito Municipal**. Vol. I, n. 2, p. 37-51, 2015. Disponível em: <<http://revista.esdm.com.br/index.php/esdm/article/view/15>>. Acesso em 10 jan. 2025.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Improbidade Administrativa: direito material e processual**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

NIEBHUR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 5.ed. Belo Horizonte: Forum, 2022.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos: Um ensayo de fundamentación**. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.

NOBRE, Marcos. **Limites da Democracia: De junho de 2013 ao governo Bolsonaro**. São Paulo: Todavia, 2022.

NOGUEIRA, Armando. **Sonho de voar**. Átimos Ótimos (blog). Publicado em 4 abr. 2010. Disponível em: <<https://atimosotimos.blogspot.com/2010/04/sonho-de-voar-armando-nogueira-1927.html>> Acesso em 14 dez. 2025.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos: teoria e prática**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

_____. **Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Princípios do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **A Constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2017.

PAREJO ALFONSO, Luciano. **Eficacia y Administración – Tres Estudios**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Publica, 1995.

PEGINI, Adriana Regina Barcellos, DELFINO, Lúcio. Reflexões acerca do processo como garantia das garantias e dos seus papéis fundamentais de preservação das liberdades e contenção do arbítrio judicial. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos, FERREIRA, Daniel Brantes, SOUSA, Diego Crevelin, MALAFAIA, Evie Nogueira e, PEREIRA, Mateus Costa, GOUVEIA

PEGORARO, Lucio, RINELLA, Angelo. **Sistemas Constitucionais Comparados**. Vol. 1. Trad. Manuellita Hermes. Buenos Aires: Astrea; Torino: G. Giappichelli Editore; São Paulo: Contracorrente, 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Presença da administração consensual no direito positivo brasileiro. In: VALLE, Vanice Lúrio do (Org.). **Direito Administrativo e Democracia Econômica**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

_____. **Controle Judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEREIRA, César Augusto Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, SPINK, Peter. (Org.) **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La Seguridad Jurídica**. 2.ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PILATTI, Adriano. O Princípio Republicano na Constituição de 1988. In: PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco, NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PINTO, Helena Elias. Fundamentos da responsabilidade civil do Estado. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 1-19, 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/download/175/pdf/2307>. Acesso em: 30 dez. 2025.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RANCIÈRE, Jacques. **O Ódio à Democracia**. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, Fernando Moreira. A dignidade humana no Brasil e na Argentina: contribuições a partir do processo constituinte para a compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana. In: SOUSA, Adriano Corrêa, LEGALE, Siddharta, CYRILLO, Carolina (Org.). **Constitucionalismo Latino-Americano: teoria, direitos humanos, fundamentais, instituições e decisões**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020.

REUTERS. Iran lifts ban on WhatsApp and Google Play, state media says. **Reuters**, 24 dez. 2024. Disponível em: <https://www.reuters.com/technology/iran-lifts-ban-whatsapp-google-play-state-media-says-2024-12-24/>. Acesso em: 8 maio 2026.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. A segurança jurídica na jurisprudência do STF. SARMENTO, Daniel, SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RICARDO, David. **Princípios de Economia Política e Tributação**. Trad. Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação n. 0809400-30.2022.8.19.0066**. Relator: Des. Carlos Alberto Machado, julgado em 23 jul. 2025, Diário Oficial, Rio de Janeiro, RJ, 05 ago. 2025.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação n. 0310418-81.2021.8.19.0001**. Relator: Des. Cláudio Luiz Braga Dell’Orto. Julgado em: 13 mai. 2025, Diário Oficial, Rio de Janeiro, RJ, 16 mai. 2025.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROSA, Alexandre Moraes da, MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal na sociedade do cansaço: uma categoria lesiva autônoma? In: BORGES, Gustavo, MAIA, Maurilio Casas (Org.). **Dano Temporal: o tempo como valor jurídico**. 2.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 3.ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética Negocial e Compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SADDY, André. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. Vol. 1. 3.ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2024.

_____. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do *caput* do art. 173 da Constituição brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 269, maio/ago. 2015, pp. 107-138.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SANTIAGO MARIENHOFF, Miguel. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo II. 4.ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires, PAIVA, Livia de Meira Lima. **Direitos Humanos e Processo Penal: História Crítica da Positivização dos Direitos Humanos: ensaios para uma crítica decolonial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

SANTOS, António Carlos dos. Ensaio: Vida, morte e ressurreição do Estado Social? **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 38, n. 1, p. 123–145, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/191/185>. Acesso em: 25 abr. 2025

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política**. 4.ed. Belo Horizonte: Autentica, 2021.

_____. **Descolonizar: Abrindo a história do presente**. Trad. Luis Reyes Gil. São Paulo: Boitempo, 2022.

SANTOS, Eder Soares. Variações sobre o conceito de homem em Heidegger. **Ethic@**, Florianópolis, v. 18, n. 2, p. 223–244, set. 2019. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/b7ba/f0c695c3036ab821da81400859e4b9f4423f.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2025.

SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos. A tutela da propriedade e o litígio coletivo pela posse de imóvel. In: PIAU, Layanna, MAZZEI, Rodrigo (Coord.). **Tutela Jurisdicional dos Direitos Reais e da Posse**. Salvador: JusPodivm, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **A Administração Pública e os Direitos Fundamentais**. Palestra ministrada na Escola da Magistratura Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. (s.d.). Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangsarlet.pdf>. Acesso em 11 dez. 2025.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** 3.ed. Belo Horizonte: Forum, 2024.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.) **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma república inclusiva. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.20, n.3, p.296-318. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/revista_v20_n3_296.pdf> Acesso em 03/01/2026.

SARTRE, Jean-Paul. **O Ser e o Nada: ensaio de ontologia fenomenológica.** Trad. Paulo Perdigão. Petrópolis: Vozes, 2011.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance.** São Paulo: Atlas, 2006.

SCHÄFER, Jairo. **A Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SÊNECA. **Sobre a Brevidade da Vida.** Tradução, introdução e notas de Arthur Costrino. São Paulo: Edipro, 2020.

SENNETT, Richard. **A Corrosão do Caráter: as consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo.** Trad. Marcos Santarrita. 14.ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário.** 2.ed. Porto Alegre: Livradia do Advogado, 2013.

SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o Autoritarismo Brasileiro.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos.** 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direitos da Personalidade.** São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Licitações e Contratos Administrativos: anotações aos artigos da Lei 14.133, de 1º.4.2021.** São Paulo: JusPodivm, 2023.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. 2.ed. São Paulo: JusPodivm, 2025.

SILVA, Michael César; SANTOS, Wellington dos Santos. O direito do consumidor nas relações de consumo virtuais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 194, p. 261-281, abr./jun. 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496589/000952705.pdf>. Acesso em: 7 mai. 2026.

SILVA NETO, Orlando Celso da. Responsabilidade civil pela perda do tempo útil: tempo é um ativo indenizável? **Revista de Direito Civil**, v. 4, p. 139-162, jul.-set. 2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Vol. 1. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SOUTO, Marcos Juruena de. **Direito Administrativo dos Contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio, SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

SOUZA, Kleberon Roberto; SANTOS, Franklin Brasil. **Como Combater o Desperdício no Setor Público: gestão de riscos na prática**. 2.ed. Belo Horizonte: Forum, 2022.

SOWELL, Thomas. **Ação Afirmativa ao Redor do Mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais**. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. São Paulo: É Realizações, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: Forum, 2023.

SUNSTEIN, Cass R., VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã: resgatando o Estado Administrativo**. Trad. Rafel Valim e Walfrido Warde. São Paulo: Contracorrente, 2021.

SUPPO, Hugo Rogélio. A importância do chamado soft power no paradigma realista clássico. **Mural Internacional**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 76-85, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/muralinternacional/article/view/5837>. Acesso em: 01 jan. 2026.

TÁCITO, Caio. Teoria e prática do desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, v. 117, p. 1-18, 1974. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/40110>. Acesso em: 9 dez. 2024.

TALAMINI, Daniele Coutinho. **Revogação do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TARTUCE, Flávio. A teoria geral dos contratos de adesão no Código Civil. Visão a partir da teoria do diálogo de fontes. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo de Fontes: Do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TEIXEIRA, Tarcísio, AUGUSTO, Leonardo Silva. O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 110, p. 177-209, mai. 2016. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490/113072>>. Acesso em: 11 jan. 2025.

TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena, NÓBREGA, Marcos. A teoria das invalidades na nova Lei de Contratações Públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos. In: NÓBREGA, Marcos (Org.). **Um Olhar Além do óbvio: temas avançados de Licitações e Contratos na Lei 14.133/21 e outros assuntos**. São Paulo: JusPodivm, 2023.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. **Temas de Direito Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo, SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

THE GUARDIAN. Apple removes WhatsApp and Threads from Chinese App Store. **The Guardian**, Londres, 19 abr. 2024. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2024/apr/19/apple-removes-whatsapp-and-threads-from-chinese-app-store?utm_source=chatgpt.com>. Acesso em 08 mai. 2026.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 15.ed. São Paulo: JusPodivm, 2024.

TOSTES, Eduardo Chow de Martino. **Teoria do Mínimo Vital de Água**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

TRAJANO, André. Aquisições de materiais médico-hospitalares: barreiras e soluções a partir do olhar do planejamento das compras num Instituto de saúde pública do Rio de Janeiro. In: **A Retórica da Saúde: as contratações públicas no SUS e suas várias faces**. Rio de Janeiro: Instituto Idea, 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 5ª Câmara de Direito Privado. Processo nº 0007852-15.2010.8.26.0038, relator: Desembargador Fábio Podestá, julgado 13 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 21 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 5ª Câmara de Direito Privado. Processo nº 0022332-16.2010.8.26.0032, relator: Desembargador Fábio Podestá, julgado 08 out. 2014. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 21 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 25ª Câmara Cível. Processo nº 0080014-13.2007.8.19.0004, relator: Juíza de Direito Convocada Isabela Pessanha Chagas, julgado em 18 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em 21 jan. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 9ª Câmara Cível. Processo nº 0023805-56.2012.8.19.0066, relator: Desembargador Rogério de Oliveira Souza, julgado em 16 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em 21 jan. 2025.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito Fundamental à Boa Administração e Governança**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

_____. Transigibilidade na Administração Pública: uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI. In: **Forum Administrativo**, ano 11, n. 123, mai. 2011, Belo Horizonte: Forum, 2011.

VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 254, p. 371-398, _____ abr. _____ 2016. Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.254.17.PDF>. Acesso em: 21 jan. 2025.

VAZ, Livia Sant'Anna. **Cotas Raciais**. São Paulo: Jandaíra, 2023.

VOERMANS, Wim. **The Story of Constitutions: discovering the We in Us**. Cambridge: Cambridge University Press, 2023.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.