

EDUARDO  
JORDÃO

---

ESTUDOS  
ANTIRROMÂNTICOS  
SOBRE **CONTROLE**  
DA **ADMINISTRAÇÃO**  
**PÚBLICA**

**3ª EDIÇÃO**

REVISTA E AMPLIADA

2024



EDITORA  
*Jus*PODIVM



MALHEIROS  
EDITORES

[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

*Capítulo 2*

**O CONTROLADOR E A POLÍTICA**

---

## QUAL A UTILIDADE JURÍDICA DAS NARRATIVAS BOLSONARISTAS?

---

Realidade paralela é abandonada em juízo, mas tem utilidade indireta<sup>1</sup>

Jair Bolsonaro investiu por anos na criação de uma realidade paralela: um conjunto de teorias não demonstráveis que difundiu para animar seus seguidores, como a ameaça comunista, a pouca gravidade da pandemia, a eficácia da cloroquina, a não confiabilidade das urnas eletrônicas etc.

Esse investimento rendeu ao ex-presidente inegáveis resultados eleitorais. Mas e quanto aos resultados jurídicos? Essas narrativas têm também alguma utilidade jurídica?

Sob uma perspectiva *direta*, a utilidade jurídica dessas narrativas parece ser pouca. Aliás, frequentemente foi preciso ao bolsonarismo se *afastar* delas para evitar responsabilização. Recorrem ao “não é bem assim”, ao “foi um malentendido”.

Há fartos exemplos: (i) para evitar a prossecução penal do ex-presidente por charlatanismo, a PGR deixou de lado a tese da eficácia da cloroquina e sugeriu que Bolsonaro insistia nela apenas por ignorância, não por má-fé; (ii) na CPI da pandemia, o Min. Marcelo Queiroga afirmou que as manifestações contrárias do ex-presidente à Coronavac não deveriam ser levadas a sério, pois seriam apenas “posições de internet”; (iii) na carta escrita com o apoio de Michel Temer, o próprio Bolsonaro desdisse tudo que vinha vociferando contra o STF e seus ministros; (iv) outras vezes, instado pelas autoridades, admitiu não ter provas das bobagens que difundia sobre as urnas eletrônicas.

É como se Bolsonaro tivesse um discurso para a sua claque e outro para o mundo dos adultos. Sabedor de que suas teorias não se sustentam num ambiente em que se exigem provas, ele costuma deixá-las de lado em conversas mais sérias.

---

1 Texto originalmente publicado no portal Jota, na Coluna Publicistas, em 17 de janeiro de 2023.

Essa primeira perspectiva, portanto, sugere que a realidade paralela criada por Bolsonaro não o ajuda juridicamente.

Sob outro ângulo, contudo, é preciso admitir que as narrativas bolsonaristas possuem ao menos utilidade jurídica *indireta*.

É que a existência de um contingente considerável de pessoas que acreditam piamente nelas é hoje a circunstância mais significativa a evitar (ou retardar) a responsabilização de Bolsonaro. Dito de outro modo: o fato que mais o ajuda hoje juridicamente é o sucesso da difusão de suas narrativas mentirosas.

Veja-se que o desafio real da responsabilização de Bolsonaro não é o de identificar crimes e comprová-los. Não faltam crimes, de diferentes tipos, nem faltam provas, de diferentes tipos. O desafio real no caso é como responsabilizar alguém que criou em torno de si uma verdadeira seita de crentes, disposta até a reações violentas, caso contrariada.

A circunstância desloca o centro de debates para questões supostamente heterodoxas na aplicação do direito, de natureza quase estratégica, tais como qual seria o momento ideal para responsabilizá-lo e por qual crime convém que ele seja responsabilizado primeiro, para evitar ou diminuir a resistência de seus seguidores.

A realidade que não ousa dizer seu nome em juízo, quem diria, é, indiretamente, o fio que ainda afasta Jair de seu inevitável destino atrás das grades.

## O ENCONTRO DE CONTAS DE BOLSONARO COM O DIREITO

---

### Punir para prevenir<sup>1</sup>

Especialistas são unânimes em ressaltar a importância de implementação de uma “justiça de transição” para apurar e decretar responsabilidades de agentes públicos, na sequência de períodos históricos marcados por relevantes violações a direitos humanos e abalos institucionais e democráticos.

Estudos empíricos indicam forte correlação entre a ausência (ou a fragilidade) de tais medidas e o volume de violações a direitos humanos nas décadas seguintes ao período traumático. A tese, intuitiva, é a de que a falha em punir atentados passados termina por encorajar que eles se repitam. É nessa linha que se lamenta a ampla anistia concedida, no Brasil, aos agentes responsáveis pelas violações realizadas durante o regime militar iniciado em 1964 e terminado duas décadas depois.

A ascensão de Jair Bolsonaro ao poder e a sua atuação no governo é mais um indício da correção das teses acadêmicas que abrem esse texto. A sua queda é uma nova oportunidade para que o Brasil faça um encontro de contas com o seu passado. O pós-Bolsonaro exige a implementação de medidas judiciais contundentes de responsabilização de um governante desatinado, que desprezou o Direito e as instituições.

Todos os aspectos da tragédia nacional dos últimos quatro anos transformam-se em incentivos para uma reação. A vitória apertada obtida pelo futuro presidente Lula serve como alerta para a magnitude do risco a que estivemos expostos; margem mais ampla poderia passar a impressão de que ele não teria sido tão grave.

O teste de estresse quase diuturno a que submeteu as instituições responsáveis por conter os seus excessos, bem como as provocações e as ameaças pessoais que Bolsonaro e o seu entorno impunham à quase totalidade de seus

---

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no portal Jota, na Coluna Publicistas, em 8 de novembro de 2022.

membros podem produzir o estímulo visceral necessário para que agentes tão inclinados a “deixa disso” façam, enfim, questão de agir com rigor. A destruição de ambientes familiares antes pacíficos e o espetáculo grotesco de múltipla exposição de seus seguidores ao ridículo, nos dias seguintes da decretação da derrota, forma o componente de preocupação humanística com a sanidade de nosso povo, tão afetada pela rede de mentiras do incumbente.

Nos últimos anos, por incontáveis vezes as nossas instituições falharam em barrar desvarios do presidente, ou agiram apenas na exata medida para evitar as suas consequências mais graves. Mas a apreensão realista das coisas impõe mesmo admitir que, a despeito da clareza e do volume dos crimes perpetrados, a responsabilização de governantes encontra uma série de dificuldades enquanto eles ainda estão no poder. A sua derrota nas urnas, no entanto, ao mesmo tempo em que oferece nova ocasião para colocá-lo frente a frente com o Direito, enfraquece as razões para não o fazer.

Como o Brasil responderá à longa lista de abusos e agressões de Bolsonaro? É esta resposta que definirá a probabilidade de voltarmos a lidar com figuras semelhantes a ele no futuro.

## O PRESIDENTE DA REPÚBLICA TEM DIREITO À IGNORÂNCIA?

“Crença sincera” em ideias sem fundamento não isenta agentes públicos de responsabilidade<sup>1</sup>

Chamou a atenção a tese da Procuradoria-Geral da República para isentar Jair Bolsonaro do crime de charlatanismo pela promoção da cloroquina para tratar Covid-19: o presidente “*acreditava sinceramente*” na eficácia do remédio e, assim, “*pode(ria) até ser tido como inculto, mas não charlatão*”.

Apresentada para evitar a aplicação do Direito Penal, a tese suscita reflexões também no âmbito do Direito Administrativo. Qual o papel dessa suposta sinceridade do agente público na disciplina jurídica da sua atuação? Poderá Bolsonaro, por exemplo, responder pelo gasto de dinheiro público com a aquisição desse medicamento ineficaz?

Ao menos para fins de responsabilidade administrativa, a mera “crença sincera” do presidente não é suficiente para isentá-lo de responsabilidade.

Como se sabe, a crença sincera em fatos sem fundamento, a que a PGR referiu elegantemente como “incultura”, é popularmente conhecida como ignorância.

É verdade que hoje se reconhece a existência de um “direito ao erro” do agente público, como forma de lhe conferir segurança jurídica para agir em contextos complexos. Mas o erro juridicamente escusável pressupõe (e é resultado de) procedimentos decisórios racionais que se revelam inconclusivos. Não se trata da posição de princípio, nem de proteção a desleixo cognitivo: o “direito ao erro” não corresponde a um direito à ignorância.

Dito de outro modo, se o Direito Administrativo não chega ao ponto de exigir que o agente público não erre, ele certamente requer que o agente público se esforce para buscar informações adequadas para pautar as suas ações.

E essa exigência é particularmente relevante num contexto de alarmante desinformação, com a profusão de notícias e dados falsos. O presidente —

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no portal Jota, na Coluna Publicistas, em 30 de agosto de 2022.

como outros agentes públicos — não precisa dominar todos os assuntos, nem estar atualizando com as mais recentes e sofisticadas teses científicas. Mas precisa esforçar-se para estar bem munido de informações, baseando suas ações em dados fidedignos e evitando guiar-se por boatos e rumores que circulam na internet.

Eis aqui um problema para Bolsonaro: os meios tradicionais de aferição do que conta como fidedigno e que, portanto, pode legitimamente servir de fundamento a uma atuação governamental são aqueles certificados pelos cientistas, pelas universidades e pela imprensa profissional — instituições pelas quais ele não tem demonstrado grande apreço.

No caso da cloroquina, a boa informação esteve (e está) facilmente acessível ao presidente, inclusive por meio dos seus dois primeiros ministros da Saúde, assessores técnicos que, justamente por isso, ele optou por substituir.

Na sequência da divulgação da tese da PGR, Bolsonaro seguiu defendendo a cloroquina. Dias depois, afirmou que não há fome no Brasil.

O fato é que o presidente até pode seguir se referindo a universos paralelos e a teorias da conspiração para animar os seus apoiadores, mas quando for o momento de ver julgadas as suas ações, terá um encontro marcado com o Direito Administrativo e com a realidade.



## SEM DEMOCRACIA, NÃO HÁ DIREITO PÚBLICO

Publicistas apoiam a “Carta às Brasileiras e aos Brasileiros – Estado Democrático de Direito Sempre”<sup>1</sup>

*Em coautoria com:*

Carlos Ari Sundfeld<sup>2</sup>

Egon Bockmann Moreira<sup>3</sup>

Floriano Azevedo Marques Neto<sup>4</sup>

Gustavo Binenbojm<sup>5</sup>

Jacinto Arruda Câmara<sup>6</sup>

José Vicente Santos de Mendonça<sup>7</sup>

Marçal Justen Filho<sup>8</sup>

O Direito Público brasileiro evoluiu muito desde a redemocratização. Ficou menos autoritário e mais pragmático. A administração pública passou a ser cobrada de verdade pelas consequências de suas ações. As pessoas deixaram de ser tratadas como súditos e se tornaram titulares de direitos fundamentais. Inverteu-se a lógica dos regimes autoritários. Temos prestação de contas, consultas e mecanismos para coibir assuntos.

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no portal Jota, na Coluna Publicistas, em 9 de agosto de 2022.

<sup>2</sup> Professor titular da FGV Direito SP e presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

<sup>3</sup> Professor de Direito Econômico da UFPR. Advogado. Árbitro.

<sup>4</sup> Professor titular de Direito Administrativo e diretor da Faculdade de Direito da USP.

<sup>5</sup> Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), doutor e mestre em Direito Público pela UERJ e master of laws (LL.M.) pela Yale Law School (EUA).

<sup>6</sup> Professor doutor da PUC-SP e vice-presidente da sbdp.

<sup>7</sup> Professor adjunto de Direito Administrativo da UERJ. Coordenador do UERJ Reg. Doutor e mestre em Direito Público pela UERJ. Master of Laws por Harvard.

<sup>8</sup> Sócio fundador de Justren, Pereira, Oliveira e Talamini Advogados.

Todas essas conquistas estão agora sob ameaça.

Presidentes da República são investidos por prazo certo e segundo processo eleitoral predefinido em leis. Seu dever é respeitar o Direito, limitando-se a suas competências e obedecendo às decisões do Judiciário. Ninguém pode se atribuir poderes absolutos. No Estado de Direito, não há soberanos.

O atual presidente age pelo retrocesso, atuando contra os alicerces do Estado democrático de Direito. Anuncia a intenção de desconsiderar o resultado das eleições, acena com aparatos armados, desacata autoridades judiciárias e vocifera contra suas decisões. Incentiva a violência. Pretende matar a tiros o regime democrático.

Qualquer ameaça à democracia tem de ser levada a sério. Sem ela não há Direito Público, não há controle da administração. É dever de todas as pessoas — e, no mundo jurídico, de estudantes, acadêmicos, advogados públicos e privados, promotores, gestores e juízes — reagir contra a anunciada quebra institucional.

Se o chefe do Executivo não acredita no processo legal eleitoral, não terá razão para respeitar qualquer processo administrativo. Se tenta aniquilar opositores, investirá contra direitos fundamentais. Se não obedece ordens judiciais, passará por cima de qualquer controle. Se afronta os demais Poderes, não sabe conviver com limites. Agir contra a democracia e a legalidade é quebrar a construção incremental do direito administrativo.

O Direito Administrativo é importante na contenção da escalada antidemocrática, assegurando, concretamente, o cumprimento das leis e do Direito. Nos Estados Unidos, a resistência de agentes administrativos ajudou a conter o levante instigado pelo candidato derrotado nas eleições. Agentes de segurança, advogados públicos e até o vice-presidente, que reconheceu a vitória do oponente, fizeram as normas do Direito Público prevalecerem sobre a aventura autoritária.

No Brasil, é hora de os profissionais do Direito Público se unirem para fazer o mesmo. Clamar por respeito à Constituição também significa clamar por respeito ao direito administrativo. Tal clamor deve mover as instituições e as pessoas na defesa do Estado democrático de Direito.

Por isso, apoiamos com convicção a “Carta às Brasileiras e aos Brasileiros — Estado Democrático de Direito Sempre”. Conclamamos leitores e leitoras a assiná-la. No dia 11 de agosto de 2022, data simbólica, vinculem-se, como puderem, aos atos públicos que serão realizados na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Estado de Direito Sempre!

## A TEORIA DA CAPTURA E O DEBATE SOBRE A CLOROQUINA

Ou: o que um professor de regulação tem a dizer sobre a eficácia do “kit Covid”?<sup>1</sup>

Desenvolvida a partir de artigo de 1971 do economista George Stigler, a Teoria da Captura sustenta que as decisões governamentais tendem a ser determinadas por pressões e interesses da indústria regulada.

A teoria tem sido lembrada nos debates sobre a eficácia de medicamentos como cloroquina e ivermectina no combate à pandemia da Covid-19. Para os seus defensores, governos resistiriam a adotar esses medicamentos supostamente eficazes apenas porque seriam muito baratos e a indústria farmacêutica lucraria mais com soluções mais caras, como as vacinas.

Ou seja, a indústria farmacêutica teria “capturado” os agentes responsáveis pelas políticas de combate à pandemia, que estariam atuando não para o interesse público, mas para garantir lucros extraordinários à indústria.

A teoria daria verniz de sofisticação à posição dos defensores do “kit Covid”. Mas o seu uso neste caso faz algum sentido?

Definitivamente não. Dentre muitas razões, destaco duas.

Primeiro: a captura parece ser, aqui, meramente pressuposta e não foi minimamente articulada, por ninguém, para além do que cabe num meme ou num tuíte. Ao menos duas dúvidas básicas, relativas aos dois polos da relação mercado-governo, precisariam ser esclarecidas:

- (i) quem exatamente seriam os agentes capturados? Como quase todos os países rejeitam a aplicação desses remédios como política oficial (as mais importantes exceções são China e Venezuela), se trataria de uma captura global, dos agentes de mais de uma centena de países?
- (ii) a captura, no caso, seria realizada por toda a indústria farmacêutica ou por parte dela? Essa indústria é uniforme? Dado que os produtores de cloroquina

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no portal Jota, na Coluna Publicistas, em 15 de fevereiro de 2022.

e ivermectina não são os mesmos produtores das vacinas, por que aqueles abririam mão de seus lucros em benefício destes?

Segundo: desde 1983, na esteira de artigo de Gary Becker, compreende-se a Teoria da Captura de forma dinâmica: ao esforço de captura de uma indústria segue-se a reação dos agentes econômicos prejudicados, membros da mesma ou de outra indústria. E tanto maior é o incentivo e a probabilidade de reação, quanto maior for o prejuízo gerado a estes outros agentes econômicos.

Ora, a pandemia é o maior acontecimento social de uma geração, com enormes prejuízos a muitas indústrias. Assim, ainda que se aceite que os interesses da indústria farmacêutica prevaleceram sobre os da população em geral, seria preciso explicar por qual razão os interesses da indústria farmacêutica prevaleceram sobre o interesse de *todas as demais indústrias prejudicadas pela pandemia*, que ganhariam muito com medicamentos baratos e realmente eficazes.

Exagera-se o poder de influência da indústria farmacêutica, ao mesmo tempo em que se ignora o de todas as demais.

Na versão dos “cloroquiners”, a Teoria da Captura se converte em mero slogan. Não há preocupação de apontar quaisquer indícios de sua ocorrência, de articular minimamente o raciocínio ou de atentar para as suas consequências naturais. A única captura que fica demonstrada, no caso, é a da própria Teoria da Captura.

## COMO O CONGRESSO INTERPRETA SEU PODER DE SUSTAR NORMAS DAS AGÊNCIAS?<sup>1</sup>

Em coautoria com:  
Beatriz Scamilla<sup>2</sup>

A Constituição autoriza o Congresso a “sustar os atos normativos do Poder Executivo *que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa*” (art. 49, V). Desde 2014, ano da rumorosa sustação de resolução da Anvisa que vedava a comercialização de medicamentos inibidores de apetite, o exercício deste poder tem se acentuado: de apenas 42 projetos de decreto legislativo (PDLs) entre 2000 e 2013, houve um salto para 94 PDLs entre 2014 e 2018. Mas como, concretamente, os parlamentares têm entendido os limites da sua competência constitucional?

Achados preliminares de pesquisa empírica do projeto Regulação em Números da FGV Direito Rio, revelam que diferentes projetos de decretos legislativo entendem de maneiras muito distintas a “exorbitância” que autorizaria a sustação da norma da agência reguladora. A análise dos 143 PDLs encontrados desde a criação da primeira agência (em 1997) identificou a existência de cinco tipos de argumentos diferentes. A incidência de cada um desses tipos argumentativos foi quantificada e será apresentada abaixo.<sup>3</sup>

O primeiro e mais comum tipo de argumento parece entender a exorbitância como (1) *inconveniência da opção normativa adotada pela agência*. Nesta hipótese, o parlamentar interpreta sua competência de forma bastante

<sup>1</sup> Texto publicado na edição de janeiro de 2020 (v. 17) da Revista Conjuntura Econômica.

<sup>2</sup> Bacharela em Direito pela UFRJ.

<sup>3</sup> Como os argumentos não são excludentes, sendo às vezes utilizados cumulativamente, os números relativos à sua incidência, se somados, superam o dos PDLs coletados. Também por isso, apresentam-se abaixo os números relativos à incidência de cada um dos tipos argumentativos de forma *isolada* (casos em que o tipo argumentativo foi apresentado de maneira exclusiva) ou *sobressalente* (casos em que ele foi utilizado ao lado de outros tipos argumentativos).

ampla, parecendo crer que a Constituição autorizaria o Congresso a sustar quaisquer atos normativos de que discordem. Este primeiro argumento aparece em 100 PDLs, majoritariamente de forma sobressalente (71% dos casos). Curiosamente, trata-se de argumento mais utilizado por deputados da base dos governos (62 casos) do que por opositores (38 casos).

O segundo argumento mais frequente caracteriza a exorbitância como (2) *violação de normas legais ou constitucionais*. Ele está presente em 75 PDLs, sempre de forma sobressalente. Considerados apenas os PDLs de iniciativa do Senado, é o argumento mais frequente. Neste segundo tipo argumentativo, o parlamentar não se opõe à competência da agência para expedir o ato normativo, mas alega que a escolha da agência viola o Direito. Foram incluídas nesta hipótese tanto as alegações de violação a dispositivos normativos específicos, como a normas mais genéricas ou abstratas, como os princípios. A diferenciação é relevante: a abertura para sustações fundamentadas em supostas violações a normas abstratas (argumento que está presente em 45 PDLs) amplia significativamente o poder de controle do Congresso.

No terceiro argumento mais frequente, a exorbitância é caracterizada como (3) *extrapolação do espaço de liberdade conferido pela lei que delegou a competência normativa à agência*. O parlamentar considera que a escolha normativa realizada está fora do *leque de opções* aberto pelo legislador na delegação. Em 34 PDLs esse tipo de argumento esteve presente em seis casos de forma isolada, todos de iniciativa da Câmara e em sua maioria apresentados pelo governo (67% dos casos). Curiosamente, este tipo de argumento, que parece bem próximo da letra do dispositivo constitucional, era mais frequente antes da acentuação recente da propositura de PDLs, verificada a partir de 2014 (estava presente em cerca de 35% dos PDLs anteriores e apenas em 20% dos PDLs posteriores a 2014).

O quarto argumento mais frequente caracteriza a exorbitância como (4) *usurpação de competência de outras instituições*. Nesta hipótese, o parlamentar considera que a agência não é competente para regulamentar a matéria objeto do ato normativo, entendendo se tratar de competência de outras instituições, comumente do próprio Congresso Nacional (em 78% dos casos). Outras instituições menos citadas como tendo suas competências usurpadas incluem o TCU e órgãos do Poder Judiciário. Esse argumento esteve presente em 28 PDLs, duas vezes de forma isolada. A maioria dos PDLs que apresentaram esse tipo de argumentação se destinava a sustar atos normativos expedidos pela Anvisa (57% dos casos). No caso dos PDLs relativos a esta agência, o argumento de interferência na competência de outras instituições supera, inclusive, o de inconveniência da opção normativa.

Finalmente, o quinto e menos frequente tipo argumentativo identificado na pesquisa caracteriza a exorbitância normativa como (5) *inovação no mundo jurídico*. Nesta hipótese, o controle decorre da suposta ilegalidade na criação de restrições pelo administrador, para além das que a lei estabelece. Esse tipo de argumento se associa a uma compreensão mais clássica ou tradicional do direito administrativo a respeito da amplitude do poder normativo de autoridades administrativas. Representa uma postura mais conservadora do princípio da legalidade, segundo a qual a atuação administrativa apenas detalha os comandos legislativos, sem produzir restrições jurídicas adicionais. Em 16 PDLs esse argumento esteve presente, na sua totalidade de forma sobressalente e associado ao argumento de violação a normas legais ou constitucionais. Somente a Anvisa foi objeto de 37,5% dos PDLs apresentados com base nesse argumento.

A importância de mapear como os parlamentares entendem a sua própria competência reside no fato de que a Constituição não concedeu ao Congresso um poder amplo e irrestrito de sustação de normas do Poder Executivo. Assim, ao menos numa primeira aproximação, o tipo argumentativo mais frequente, de “inconveniência social da opção normativa” do Poder Executivo, parece extrapolar os limites da autorização constitucional. Já o menos frequente deles se associa a uma tradição administrativa dificilmente compatível com o atual estágio do estado regulador brasileiro. Se os outros três tipos de argumento podem ser ditos teoricamente menos problemáticos, apenas o terceiro parece se enquadrar rigorosamente nos termos restritos do dispositivo constitucional. O tema merece mais atenção: ao interpretar generosamente estes termos restritos, o Congresso pode estar “exorbitando” do seu próprio poder, sob o pretexto de policiar a exorbitância de poderes alheios.